

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO**



**EL ESTADO DE EXCEPCIÓN EN EL
CONSTITUCIONALISMO ANDINO : ESPECIAL
CONSIDERACIÓN DE CHILE Y PERÚ**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR**

Juan Carlos León Zaa

Bajo la dirección de la doctora

Antonio de Cabo de la Vega

Madrid, 2014

TESIS DOCTORAL



El estado de excepción en el constitucionalismo andino: especial consideración de Chile y Perú

Autor: Juan Carlos León Zaa

Director: Antonio de Cabo de la Vega

A mis bienamados padres e hijos

Índice

Introducción	1
PRIMERA PARTE	7
Origen histórico y marco jurídico-constitucional del estado de excepción	
Capítulo I Antecedentes remotos del estado de excepción.....	9
1. La dictadura constitucional en la República Romana.....	11
2. La dictadura y la Constitución romanas en el siglo I a. J. C.....	14
3. El <i>senatus consultum ultimum</i>	20
3.1 El procedimiento del <i>senatus consultum ultimum</i>	22
3.2 El carácter anormal del <i>senatus consultum ultimum</i> respecto de la Constitución.	24
3.3 La finalidad del <i>senatus consultum ultimum</i>	27
Capítulo II La teoría del estado de excepción en el Medievo.....	29
1. El estado de excepción: la teoría vertical.....	31
1.1 Una lógica propia: la <i>ratio status</i>	32
1.2 Defensa de la comunidad política.....	37
2. La dinámica de la teoría vertical.....	45
2.1 La <i>necessitas</i> : fundamento del estado de excepción.....	46
2.2 La evidencia: criterio de la necesidad excepcional.....	51
Capítulo III La teoría del estado de excepción en la Época Moderna.....	57
1. El nuevo espacio de la teoría del estado de excepción.....	59
1.1 Maquiavelo y la inversión de la relación entre lo «normal» y lo «excepcional»..	60
1.2 Bodin y la teoría del estado de excepción.....	68
1.3 La Reforma y las nuevas problemáticas de la teoría del estado de excepción.....	72
2. Teoría del estado de excepción y doctrinas de la razón de Estado.....	75
2.1 La teoría del estado de excepción para Ammirato.....	78
2.2 Charron y la «justicia extraordinaria».....	82
2.3 Naudé y los medios excepcionales de gobierno.....	85

Capítulo IV Desarrollo y marco jurídico-constitucional del estado de excepción en la Edad Contemporánea.....	91
1. Una aproximación teórica al estado de excepción de Locke y Rousseau.....	93
1.1 El estado de excepción según Locke.....	93
1.2 El estado de excepción según Rousseau.....	101
2. Estado de excepción: definición y caracteres principales.....	104
3. Incorporación a la Constitución de los estados de excepción.....	108
4. La técnica legislativa en el Derecho Comparado europeo.....	110
4.1 Estados de excepción en la Constitución francesa de 1958.....	110
4.2 Los estados de excepción en la Ley Fundamental de Bonn.....	112
4.3 Los estados de excepción en la Constitución española de 1978.....	115
4.3.1 Estado de alarma.....	116
4.3.2 Estado de excepción.....	118
4.3.3 Estado de sitio.....	120
SEGUNDA PARTE	123
El estado de excepción en el constitucionalismo andino	
Capítulo V Su regulación y una praxis imperante.....	125
1. El Poder Ejecutivo en las Constituciones andinas y su experiencia práctica.....	127
1.1 Régimen jurídico de emergencia.....	129
1.1.1 Emergencia constitucional.....	132
1.1.2 Delegación de facultades legislativas al presidente de la República.....	137
1.2 Los gobiernos <i>de facto</i> y su poder ejecutivo abusivo en el ejercicio de los estados excepcionales.....	138
1.2.1 Una larga perversión.....	141
1.2.2 El terrorismo como una «buena excusa».....	143
1.2.3 El caso argentino, la represión más sanguinaria de la zona andina.....	146
2. Los derechos humanos en la región andina.....	152
2.1 Restricciones razonables y restricciones arbitrarias.....	153
2.2 Derechos humanos, estados de excepción y garantías judiciales.....	158
2.3 Libertad personal, hábeas corpus y estado de excepción.....	162
2.4 Breve mirada a los derechos humanos dentro del constitucionalismo andino.....	165

2.5 Defensoría del Pueblo.....	171
2.5.1 Nacimiento y expansión en la zona.....	171
2.5.2 Las Defensorías del Pueblo en la defensa y promoción de los derechos humanos.....	174
3. Avances y limitaciones de la democracia en los Andes. ¿Pueden sus Estados normar con eficacia situaciones de excepción?.....	179
3.1 Estabilidad y fragilidad democrática.....	182
3.2 La modernización todavía está en camino.....	190
3.3 Una visión de la corrupción y el narcotráfico.....	195
3.4 Democracia con descentralización.....	200
3.5 Medidas de consolidación de la democracia en la región.....	202
3.6 ¿Pueden sus Estados normar con eficacia situaciones de excepción?.....	205
4. Comparación constitucional de los institutos excepcionales andinos.....	209
4.1 Argentina.....	209
4.2 Bolivia.....	210
4.3 Colombia.....	212
4.4 Ecuador.....	215
4.5 Venezuela.....	217
5. La suspensión de garantías en los estados excepcionales del Sistema Interamericano.....	218
5.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	218
5.1.1 Comisión Interamericana de Derechos Humanos.....	219
5.1.2 Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	220
5.2 El artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Contenido y ámbito de aplicación.....	221
5.2.1 Situaciones en que se podrán suspender las garantías. Causales y condiciones para que éstas gocen de «legitimidad».....	221
5.2.2 Límites al poder del Estado Parte.....	222
5.2.3 Resolución de la Corte Interamericana en torno a la solicitud de Opinión Consultiva sobre la interpretación de preceptos de la CADH.....	223
Capítulo VI La amarga experiencia de Chile.....	225
1. El estado de excepción y la defensa del Estado democrático hasta 1973.....	227
2. Allende: primer régimen democrático-constitucional marxista del mundo.....	232
2.1 Conquista del poder y Fuerzas Armadas.....	234
2.2 Derrocamiento de Allende por Pinochet y masacre de un pueblo.....	235
3. La dictadura pinochetista y los estados de excepción.....	240

3.1 Régimen constitucional falaz.....	243
3.2 Proscripción de la actividad política y tres crímenes horrendos.....	245
3.3 Utilización pervertida del derecho de excepción.....	249
3.4 Atribuciones del dictador en los estados excepcionales.....	253
3.5 ¿Por qué cae Pinochet?.....	256
4. Una tímida respuesta: la política de derechos humanos del primer gobierno de la Concertación.....	259
5. Regulación actual de los estados de excepción en la Constitución de 1980.....	263
 Capítulo VII Perú: Estado abusivo en el uso de los institutos excepcionales.....	269
 1. Desarrollo de los estados de excepción en las Constituciones peruanas 1823-1979.....	271
1.1 La Constitución Republicana de 1823.....	272
1.2 La Constitución Bolivariana de 1826.....	273
1.3 La Constitución Liberal de 1828.....	274
1.4 La Constitución de 1834.....	274
1.5 El Pacto de Tacna de 1837.....	275
1.6 La Constitución de Huancayo de 1839.....	275
1.7 La Constitución Liberal de 1856.....	276
1.8 La Constitución de 1860.....	276
1.9 La Constitución Liberal de 1867.....	277
1.10 La Constitución de la Patria Nueva (1920).....	277
1.11 La Constitución de 1933.....	278
1.12 La Constitución de 1979.....	280
2. Proliferación de los estados de excepción en el siglo XX.....	284
2.1 Ley de Emergencia de 1932 y Leyes complementarias.....	285
2.2 Ley de Seguridad Interior (1949-1956).....	286
2.3 Panorama trágico en los primeros diez años de recuperada la democracia (1980- 1990).....	287
2.4 El terrorismo de Sendero Luminoso y cifra alarmante de estados de emergencia.....	291
2.5 Un débil Poder Judicial y la impunidad militar en años difíciles.....	293
2.6 Exorbitancia en la declaración de los estados de emergencia y serias anomalías en el orden constitucional por Fujimori.....	298
3. Los estados de excepción en la Constitución de 1993.....	305
3.1 El estado de emergencia.....	306

3.1.1 Supuestos en la declaración.....	306
3.1.2 Procedimiento de la declaración y prórroga.....	307
3.1.3 Efectos de la declaración.....	310
3.2 El estado de sitio.....	313
3.2.1 Supuestos en la declaración.....	314
3.2.2 Procedimiento de la declaración y prórroga.....	316
3.2.3 Efectos de la declaración.....	317
4. Algo más sobre la Constitución de 1993: las acciones de garantía durante el estado de excepción.....	320
4.1 Las garantías constitucionales en la Carta constitucional de 1993.....	321
4.2 Las garantías constitucionales bajo los períodos de excepción.....	323
4.2.1 El hábeas corpus: su evolución en el Perú y alguna producción jurisprudencial.....	326
4.2.2 El hábeas corpus y los estados de excepción.....	331
4.2.3 Tramitación, ¿qué organismos internacionales pueden conocer las acciones de hábeas corpus denegadas en el Perú?.....	333
Conclusiones.....	337
Resumen <i>The State of Emergency in the Andean</i>	351
Bibliografía.....	355

INTRODUCCIÓN

Sumergirse en el tratamiento del estado de excepción dentro del régimen constitucional de las naciones andinas (Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Perú, Venezuela) supone una tarea exigente, harto difícil: sería menester escribir por lo menos varios tomos o volúmenes a fin de abordar cabalmente esa materia de tanta trascendencia.

Nuestro propósito –sin quererlo tal vez modesto– aquí y ahora es incursionar en el tema no para abarcar una ingente cantidad de páginas; deseamos con toda sinceridad en esta ocasión patentizar –al margen de la extensión– el enorme interés, preocupación que el referido asunto nos produce, entregando por ello un catálogo de información fruto de la investigación hecha, el enfoque analítico que formulamos, las propuestas consideradas pertinentes.

Avanzando, resulta relevante para el presente trabajo enfatizar que el estado de excepción andino constitucionalizado (de génesis europea) no es de reciente data, lo vemos aparecer en el siglo XIX; no presenta una tipología indivisible e indiferenciada, estando en constante efervescencia. Comprende de una diversidad de institutos, incluso muy peculiares: verbigracia, el estado de asamblea chileno.

Se ha repetido en multitud de oportunidades que la vigencia exacerbada, la desnaturalización en el uso de sus instituciones de emergencia estriba, entre otras causas, en la sensibilidad intemporal de muchos de los gobernantes: los estados excepcionales y la suspensión de garantías les representaron los instrumentos «idóneos» para acallar, liquidar a la disidencia, mantener el *statu quo*, recurriendo, en caso de hacer falta, a veces, a las invocaciones de conmociones inexistentes, coyunturas ficticias.

Por su parte, el régimen constitucional de la zona tampoco es un todo unívoco; lleva sobre sí dos centurias, siendo la Constitución de Venezuela en 1811 la primera en promulgarse¹. Su andadura principió apenas conseguida la independencia de España, incluso ya antes de tal

¹ En 1810, Venezuela fue el primer Estado soberano de la América española. Vid. G. Arciniegas, *Entre la libertad y el miedo*, Cuadernos Americanos, México D.F., 1952, p. 96.

acontecimiento este sector del Nuevo Mundo tuvo participación directa con representantes en la elaboración y aprobación del texto constitucional de Bayona en 1808² y en el de Cádiz en 1812³.

Si es verdad que, por un lado, estos países han mantenido hasta lo que llevamos de este siglo XXI períodos muy vivos de constitucionalismo, por otro, allí fueron una constante trágica las numerosas interrupciones violentas; recordarlo significa evocar de inmediato un ayer doloroso y demasiado próximo en el tiempo al que no quisiéramos ver repetirse. La historia está regada de ejemplos, seguidos invariablemente de deplorables resultados de esfuerzos realizados por diferentes Asambleas Constituyentes con el objeto de impedirlos⁴.

Consideramos innecesario desentrañar los entresijos de la pequeña política para descubrir fácil que la promulgación y la derogación de Constituciones han mantenido un toma y daca continuo⁵, azuzado por líderes nada escrupulosos, dispuestos a anteponer sus ambiciones personales a la paz y progreso de los pueblos que afirmaban defender y proteger; estos personajes –militares y también civiles– practicaron irresponsable, burlonamente eso de que «una buena ley no es buena para siempre, sino es buena para un cierto momento histórico»⁶. Decidieron en su trayectoria errática alejarse del modelo de los Estados Unidos (Nación regida

2 «Las Cortes de Bayona, convocaron por primera vez a los representantes de América en calidad de iguales a los españoles, llegaron algunos pocos, atraídos por la prédica liberal de esta Carta y, sobretudo, por la posibilidad de liberarse del yugo español [...]». R. Chanamé Orbe, *La Constitución actual*, Gráfica Horizonte, 2001, p. 9.

3 «[...] En las Cortes de Cádiz, y sobre un total de algo más de 300 diputados, el número de representantes del clero, 90 (30% del total); de abogados, muchos de ellos funcionarios oficiales, 56 (18%); de militares y marinos (30 y 9 respectivamente), y de comerciantes solamente 8, de Cádiz, Cataluña y América (el 2%) [...]». J. L. Aranguren, *Moral y sociedad*, 4ª ed., Cuadernos para el diálogo, Madrid, 1970, p. 54.

4 Varios lustros son en los que el golpismo no emerge para instalarse en el poder de la escena andina, mas treinta, cuarenta años son apenas un segundo en la Historia. A tenor de un pretérito inestable se consagraron en las Constituciones cláusulas encaminadas a defender el Estado de Derecho, el constitucionalismo. Así se refleja en el artículo 38 de la Constitución peruana de 1993: «Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación».

Y se añade en el artículo 46: «Nadie debe obediencia a un Gobierno usurpador, ni a quienes asumen funciones públicas en violación de la Constitución y de las leyes.

La población civil tiene el derecho de insurgencia en defensa del orden constitucional.

Son nulos los actos de quienes usurpan funciones públicas».

En el artículo 131 de la Constitución de Venezuela de 1999 se dice: «Toda persona tiene el deber de cumplir y acatar esta Constitución, las leyes y los demás actos que en ejercicio de sus funciones dicten los órganos del Poder Público».

5 Vid. R. Borja y Borja, *Derecho Constitucional Ecuatoriano*, t. II, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1950, pp. 312-439. El autor, sintéticamente, expone cómo en el Ecuador se han dado un significativo número de Constituciones: de 1830 a 1946, la suma llega a trece.

6 Ha habido tal proliferación de Constituciones políticas que la producción total de esos Estados se acerca a las 80. Hablar de Cartas Magnas en los Andes suena a ciencia-ficción jurídica; de haber conocido esto sostendría una vez más el escritor Arthur C. Clarke que «la realidad siempre supera a la ficción». Raúl Chanamé nos suministra un trabajo ilustrativo a este respecto. Ver R. Chanamé, op. cit., pp. 12-157.

hace 224 años por una única Constitución) e incurrir en parecidos errores producidos por la Francia post-revolucionaria, quien recién en 1870 adoptó definitivamente el sistema republicano luego de haberse dado distintas Cartas Magnas, figurando entre las mismas la de Robespierre en 1793 (de corta duración y donde se estableció un régimen republicano y el sufragio universal por vez primera en la historia).

Pero para resolver, con mayor o menor éxito, el fenómeno aludido, más aún, los problemas inherentes a esas sociedades plurales —con su multiplicidad de etnias, lenguas vernáculas y religiones— es indispensable saber hacerles frente: la herramienta correspondiente, eficaz en este caso, la encontramos en la reforma constitucional para el Derecho; ¡cuán oportunas y acertadas resultan las palabras del científico jurista Pedro de Vega a este respecto! Asevera «[...] que políticamente toda reforma encierra riesgos para el prestigio y la propia eficacia normativa de la ley fundamental, no implica en modo alguno que las reformas hayan de ser sistemáticamente eludidas. La reforma no debe interpretarse como un capricho político sino como una necesidad jurídica»⁷.

Ahora bien, entendemos éste el momento propicio a efectos de explicar la estructura, la distribución de *El estado de excepción en el constitucionalismo andino: especial consideración de Chile y Perú*, título de nuestro trabajo académico, cuya máxima pretensión no es otra que la de erigirse en una tesis que, cuando menos, alcance a aportar en alguna medida dentro del vasto y complejo quehacer constitucional.

Comprende de dos partes. La primera, intitulada «Origen histórico y marco jurídico-constitucional del estado de excepción», se desarrolla a lo largo de cuatro capítulos, observándose en cada uno cómo iba dibujándose el estado de excepción en las distintas edades de la Historia. El capítulo I, «Antecedentes remotos del estado de excepción», nos empuja —entre otras cosas— a hacer un esfuerzo por precisar su datación, poniendo atención en el mundo mediterráneo, principalmente, en la Roma republicana.

Los otros tres, a su vez, contienen aspectos propios exclusivos. Pero conviene advertir que el IV, «Desarrollo y marco jurídico-constitucional del estado de excepción en la Edad

⁷ P. de Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, 1ª reimp., Tecnos, Madrid, 1988, p. 92.

Contemporánea», expone la contribución de Locke y Rousseau: ambos huyen de la sesuda pesantez mediante la finura de su humor y talentosa forma de explicarse y resuelven con el equilibrio de maestros funámbulos los problemas que el estado de excepción de la época plantea; asimismo, hemos incorporado lo concerniente a la esfera doctrinal con las implicaciones derivadas, discerniendo –ayudados por el Derecho Comparado– alrededor de lo necesario que representa su utilización en la supervivencia de las comunidades políticas, de los Estados a través de un derecho de excepción constitucionalizado: la ausencia del mismo trae consigo una situación de vacío legal, de arbitrariedad, pudiéndonos arrastrar a la pérdida de la fe en la ciencia del Derecho... Lo que está en juego entonces es el Estado de Derecho⁸, vale decir, aquella conquista elevada hasta cumbres no superadas en la convivencia humana y la suprema garantía de la democracia. La máxima aspiración del mundo civilizado es un Estado de Derecho ininterrumpido, empero éste «admite, en casos excepcionales, la suspensión de ciertos derechos»⁹.

En 1849 (dejada bastante atrás la dieciochesca Revolución Francesa), merced a la *loi sur l'état de siège*, la tan polémica protección extraordinaria del Estado era por fin integrada al *régime de légalité*, «[...] ciertamente quedaba con ello cubierta la laguna más relevante del Estado de Derecho: por medio del derecho de excepción el imperio de las leyes se extendía a las situaciones de emergencia para la seguridad del Estado»¹⁰.

Dentro de la ciencia del Derecho en general, se distingue el derecho de excepción como un derecho especial, extraordinario, destinado a garantizar el orden, la seguridad del contemporáneo Estado-Nación (en los casi setenta años consumidos desde la Segunda Guerra Mundial, éste representa el modelo que los distintos sistemas políticos y las diferentes ideologías han propugnado)¹¹.

8 El Estado de Derecho es la forma de organización política propia de nuestro tiempo. Es un Estado que se coloca por encima de la voluntad humana, estableciendo reglas de juego a las que todos, gobernantes y gobernados, deben someterse. Es un Estado que se estructura en los pilares de la libertad, de la igualdad, del control constitucional y de la separación de poderes (A. Quispe Correa, *Apuntes sobre la Constitución y el Estado*, Gráfica Horizonte, Lima, s. f., p. 135).

9 Ídem.

10 P. Cruz Villalón, *El estado de sitio y la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, p. 9.

11 Tirios y troyanos le han exigido al Estado-Nación garantizar el bienestar de los individuos y de los pueblos; sin embargo, lo evidente es que hoy el Estado parecería haber fracasado en diversos lugares del globo terráqueo; pero a nosotros nos interesa poner la mirada por un momento en si ha sido capaz de garantizar la seguridad y la justicia social; nos importa por qué no ha podido evitar las guerras de carácter internacional y las confrontaciones civiles, como las que se observaron en Perú, Colombia, principalmente. Podría alguien pensar

Carl Schmitt va a contribuir en la evolución del derecho de excepción con su célebre definición en torno a la suspensión de la Constitución: «Soberano es aquél que decide sobre el estado de excepción»¹². Y dos serán las notas características del derecho de excepción: por un lado, proporciona la herramienta solucionadora de las crisis relativas a la estructura del poder político establecido por la Constitución; por otro, asegura el regreso a la Constitución ordinaria legítima en caso de haberse producido una suspensión temporal de la ley de leyes.

Será, por fin, en la segunda parte de este trabajo, «El estado de excepción en el constitucionalismo andino», donde pongamos nuestra mayor atención para hacer un abordaje del tema referido. Nos hemos extendido ampliamente en el capítulo V, «Su regulación y una praxis imperante», tratando de no dejar escapar los aspectos más trascendentes. En los capítulos VI, «La amarga experiencia de Chile», y VII, «Perú: Estado abusivo en el uso de los institutos excepcionales», nos ocupamos de manera individual de dos Naciones que en el ámbito del estado de excepción tienen una marcada experiencia, traumática en determinados casos.

Actualmente, los constitucionalistas se preocupan esencialmente de los medios jurídicos de control para los poderes de crisis. Todos admiten que hay situaciones donde el Derecho debe ser dotado a fin de dejar un margen de maniobra a los gobernantes; buscan la fórmula perfecta que responda a todas las situaciones. Cuando el gobernante determina la suspensión temporal de la Constitución, esto entraña una preocupación para que no se exceda en sus funciones. «La suspensión implica un acto de carácter temporal y provisional, por el que se suspende la eficacia de las normas, sin que su validez quede mínimamente afectada»¹³.

Redondearíamos lo vertido hasta aquí advirtiéndolo que no hay ordenamiento constitucional (Estado de Derecho) que se pueda mantener vigente –así funcione el mejor estado de excepción como uno de sus principales sostenes– si es que a la par no existe un pueblo activo, vigilante de tal régimen, rompiendo su indiferencia con una defensa cotidiana de su democracia.

que el estado de excepción no es eficaz; hay que recordar que el mismo no es la panacea de todas las crisis de los Estados.

12 C. Schmitt, *Estudios políticos*, trad. F. J. Conde, Doncel, Madrid, 1975, p. 35.

13 P. De Vega, op. cit., p. 174.

PRIMERA PARTE

ORIGEN HISTÓRICO Y MARCO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES REMOTOS DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN

1. La dictadura constitucional en la República Romana

El advenimiento del estado de excepción lo observaremos dentro del amplio desarrollo del mundo jurídico-constitucional romano: siendo exactos, con la dictadura en Roma¹⁴; sobre tan importante instituto, Pablo Lucas Verdú nos recuerda lo expresado por Nicolás Maquiavelo: «La dictadura, para el secretario florentino, es rasgo esencial de la Constitución republicana romana, una de las instituciones que más contribuyó a la grandeza de Roma»¹⁵. «Ésta fue instituida, aproximadamente, en el 501 a. J. C.»¹⁶.

La expresión «dictadura» procede de *dico*, *dixit*, *dictum*: fijar u ordenar de manera unilateral, pero para nuestros efectos, la dictadura es, en sus fundamentos romanos, un proceso republicano. La dictadura primitiva no implica ni derogación, ni violación, ni suspensión de la Constitución. Su régimen, desde luego diferente, no es contradictorio con el orden jurídico de las circunstancias normales¹⁷. La dictadura era una institución de la antigua Constitución romana¹⁸. «El dictador era necesario y efímero»¹⁹.

Sabemos bien que desde la Roma antigua hasta la conclusión del Estado absoluto, se van a fundamentar los estados de excepción en la acción de sojuzgar que ejercían los máximos

14 No debemos perder de vista que, dentro de las instituciones excepcionales, antes de la civilización romana, el mundo heleno contaba con la suya. Francisco Fernández Segado nos recuerda que «en circunstancias excepcionales de orden interior o exterior, las antiguas repúblicas griegas confiaban la defensa a un “tirano” [...] elegido fundamentalmente con esa finalidad» (F. Fernández Segado, *El estado de excepción en el Derecho Constitucional español*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, p. 47). Bertrand Russell cree que «las ciudades griegas diferían mucho en cuanto al grado de libertad individual concedido a los ciudadanos; en la mayor parte de ellas era bastante alto, pero en Esparta era un mínimo absoluto. Muchas, sin embargo, acusaban la tendencia a caer bajo el dominio de tiranos, y durante largos períodos tuvieron un régimen de despotismo moderado por revoluciones. En una ciudad-Estado la revolución era fácil. Los descontentos sólo tenían que atravesar unas cuantas millas para salir del territorio del gobierno contra el cual deseaban rebelarse, y siempre había ciudades hostiles dispuestas a ayudarlos. Durante toda la gran época de Grecia existió un grado de anarquía que hubiera resultado intolerable para la mentalidad moderna. Pero los ciudadanos de una ciudad griega, incluso aquellos que se encontraban en rebelión contra el gobierno existente, conservaban una psicología de lealtad primitiva; amaban a su ciudad con una devoción muchas veces imprudente, pero casi siempre apasionada» (B. Russell, *Autoridad e individuo*, trad. de M. Villegas, 5ª ed., Colección Breviarios del Fondo de Cultura Económica, nº 15, México, 1967, pp. 31-32). Como podemos ver, la democrática y deslumbrante Grecia tuvo que afrontar crisis permanentes en el seno del Estado: «Y así, leemos en la historia casos como los de los treinta tiranos de Atenas, o como el único tirano de Siracusa» (J. Locke, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, trad. de C. Mellizo, Alianza, Madrid, 2004, cap. 18, parágrafo 201, p. 198).

15 P. Lucas Verdú, *Curso de Derecho Político*, 2ª ed., 4ª reimp., Tecnos, Madrid, 1992, p. 296.

16 F. Fernández Segado, op. cit., p. 48.

17 Ver R. von Jhering, *L'esprit du Droit Romain*, t. II, Marescq Aîné, París, 1886, pp. 281-283.

18 Á. d'Ors, *Ensayos de Teoría Política*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1979, p. 160.

19 J. F. Arriola, *Teoría general de la dictadura*, Trillar, México, 1993, p. 24.

gobernantes, idea que afirma el *Ius Imperium* a favor de éstos²⁰.

Liquidada la Monarquía por los romanos como forma de gobierno, emerge la República; los albores de la República se van a presentar como una situación harto difícil, hubo fuertes pugnas entre los bandos patricios y plebeyos²¹.

Los romanos se vieron en problemas acuciantes, tanto que recurrieron a la ineludible necesidad de nombrar un dictador²², quien tendría por seis meses todo el poder en Roma para conducir la guerra de mejor manera; así, se dejó de lado la institucionalidad romana. Los romanos, no obstante de dotar a las magistraturas republicanas de garantías que evitaran el retorno al poder unipersonal e irresponsable que caracterizó a la Monarquía, dejaron prevista la posibilidad de establecer transitoriamente para momentos extraordinarios y graves una magistratura que detentara una unidad de soberanía. De este modo, vemos nacer la dictadura respondiendo a una auténtica necesidad política²³, durante ella «quedaban suspendidas la *intercessio*, de los magistrados contra los decretos del dictador y la *provocatio ad populum* o apelación ante los comicios en contra de las penas capitales»²⁴.

La designación del dictador incumbía normalmente al cónsul²⁵ y, excepcionalmente, al

20 R. Ferrero Rebagliati, *Ciencia Política. Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, Ausonia Talleres Gráficos, Lima, 1984, pp. 51-52.

21 Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, trad. de M. Blázquez y P. de Vega, Alianza, Madrid, 2003, Libro XI «De las leyes que dan origen a la libertad política en su relación con la constitución», Cap. 13, 14 y 15, pp. 223-228. «La nueva República no quiere Rey ni representante análogo. Hay, sin embargo, casos de urgencia y de necesidad en que el Cónsul instituye un soberano temporal, bajo el nombre de Dictador; y éste, suspendiendo al momento los poderes del magistrado que le nombra y los de su colega, reúne excepcional y transitoriamente en sus manos todo el poder y todos los atributos de la antigua Monarquía» (T. Mommsen, *Historia de Roma*, vol. II: *Desde la expulsión de los reyes hasta la reunión de los Estados itálicos*, trad. de A. García Moreno, Turner, Madrid, 1983, cap. I, p. 16).

22 «El año siguiente (497 a. J. C., aproximadamente) tuvo por cónsules a Póstumo Cominio y Tito Largio. Aquel año, en Roma, durante los juegos unos jóvenes sabinos, desenfrenados, se llevaron a la fuerza a unas prostitutas; se produjo un revuelo y una reyerta que estuvo a punto de convertirse en un combate. Por tal incidente de escasa importancia la situación tenía visos de verse abocada a una nueva guerra [...] surgió por primera vez la idea de nombrar un dictador. Pero no hay acuerdo ni en qué año, ni quienes eran los cónsules, que no inspiraban mucha confianza por considerárselos del partido de los Tarquinius –pues incluso este detalle se cuenta–, ni quién fue el primer dictador. Sin embargo, me encuentro con que, según los historiadores más antiguos, Tito Largio fue el primer dictador y Espurio Casio el primer jefe de la caballería» (Tito Livio, *Historia de Roma desde su fundación*, t. I, trad. de J. A. Villar Vidal, Gredos, Madrid, 1997, Libro II, cap. 18, p. 297). «En los albores de la república se recurrió con frecuencia a la dictadura, porque el Estado carecía aún de una base bastante sólida para poderse sostener por la fuerza de su Constitución» (J.J. Rousseau, *El contrato social*, colección dirigida por E. Tierno Galván, Taurus, Madrid, 1966, p. 125).

23 E. Chirinos Soto, *Cuestiones constitucionales 1933-1990*, Cultural Cuzco, Lima, 1991, p. 142.

24 F. Fernández Segado, op. cit., p. 49.

25 «Entre los principales magistrados figuran los dos cónsules jefes anuales del Estado y del ejército –*imperium*

Tribuno Militar con potestad consular y, efectuado el nombramiento, aquel supremo magistrado adquiriría poderes superiores a los de los magistrados de quienes dependía su elección; «no estaba ligado a las leyes y era una especie de rey, con poder ilimitado sobre la vida y la muerte»²⁶. Según Rousseau, «este nombramiento se efectuaba de noche y en secreto, como si se avergonzaran de poner a un hombre por encima de las leyes»²⁷. En aquellas circunstancias de grave peligro para la existencia de la República, por guerras tanto civiles como exteriores, la Constitución republicana preveía la designación del dictador; el dictador duraba en el cargo no más de medio año, empero esta periodicidad se reducía en caso de que concluyera su misión antes de dicho término o bien el magistrado que lo nombró hubiera cesado de su cargo antes del plazo legal²⁸.

En buena medida, el dictador supo entender su verdadero papel, aunque va a llegar un momento en que esta magistratura se hiciera odiosa al espíritu republicano contrario a todo gobierno unipersonal²⁹. Ésta fue la causa que determinó que, a partir de las guerras púnicas, la designación del dictador se efectuara por el pueblo reunido en comicios³⁰.

«El dictador no es un tirano»³¹. «La dictadura es una sabia invención de la República Romana»³². La dictadura fue creada para salvar la República pero fueron, tal vez, los dictadores quienes hundieron los clavos en su sarcófago. Jean Bodin quiere ser preciso en el papel que desempeñaba el dictador en calidad de servidor del Estado; escribe: «ni el dictador romano, ni el harmoste de Esparta, ni el esimneta de Salónica, ni el llamado arcus de Malta, ni la antigua balie de Florencia, que tenían la misma función, ni los regentes de los reinos, ni cualesquier otro comisario o magistrado con poder absoluto para disponer de la República por tiempo limitado, tuvieron ninguno la soberanía»³³.

domi militiaque—» (J. Iglesias, *Derecho Romano, historia e instituciones*, 11ª ed., Ariel, Barcelona, 1993, p. 22). El cónsul era un súper magistrado al servicio del Senado en buena parte de la república. (N. Maquiavelo, *Escritos políticos breves*, trad. de M. T. Navarro Salazar, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 19-21).

26 C. Schmitt, *La dictadura*, 3ª reimp., Alianza, Madrid, 2009, p. 34.

27 J. J. Rousseau, op. cit., p. 125, nota 1.

28 Ibid., p. 127.

29 Como «el del dominio intolerable ejercido en Roma por los *decemviri*» (J. Locke, op. cit., cap. 18, parágrafo 201, p. 198).

30 T. Mommsen, *Compendio del Derecho Público Romano*, trad. de P. Dorado Montero, Jiménez Gil, Pamplona, 1999, p. 275.

31 C. Schmidt, op. cit., p. 37.

32 Ibid., p. 33.

33 J. Bodin, *Los seis libros de la República*, trad. de P. Bravo Gala, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1992, I, VIII, pp. 48-49.

Sin duda, pues, el gobierno republicano del estado romano posee en la dictadura una pieza básica a la hora de su sostenimiento y parecen haber sido las condiciones favorecedoras éstas: a) La elección del dictador se efectuaba con apego estricto a las normas constitucionales precisas³⁴; b) El dictador no podía *ad libitum* declarar la situación de emergencia ni legislar; c) El riguroso cumplimiento del tiempo previsto en semestres con el objeto de alcanzar el fin perseguido, la prórroga requería de nuevo nombramiento y d) La *ratio essendi* de la dictadura siempre fue la enérgica defensa del orden constitucional, evitándose su instrumentalización para subvertirlo o suplantarlo, salvo en el caso de César³⁵.

Constatamos, pues, que «la dictadura romana fue minuciosamente regulada respecto a sus límites, cometido y duración»³⁶.

2. La dictadura y la Constitución romanas en el siglo I a. J. C.

La dictadura del primer siglo a. J. C. ha suscitado numerosas controversias. La más frecuente –casi contemporánea– consiste en saber si Sila y César fueron tiranos. De ahí ha nacido la asimilación, en el lenguaje común, entre tirano y dictador³⁷. Se analizan más los actos que el fundamento de sus poderes, sin distinguir los diferentes títulos: son estudiados en el mismo enfoque los actos de Pompeyo y Octavio como integrantes de dos triunviratos independientes. Entre los estudios jurídicos, dos áreas se diseñan: una tendiendo a relacionar la dictadura del primer siglo a. J. C. con la dictadura primitiva³⁸, y la otra a considerarlas como radicalmente diferentes, tanto por su naturaleza como por su objeto, no teniendo más en común que el título³⁹. Esas aproximaciones encuentran su coherencia en los presupuestos que las fundan. La primera se apoya sobre una visión extensiva de la dictadura, el espíritu de la norma era incorporado en el término de legalidad. La segunda reposa sobre una concepción restrictiva,

34 «En cuanto era nombrado, quedaban sin poderes propios todos los demás dignatarios, obedeciéndole en todo; tenía, lo mismo que el Rey, su jefe de la caballería, instituido especialmente para los tiempos de trastorno o de peligro de guerra, que hacía necesario el levantamiento de todos los ciudadanos capaces de tomar las armas. Compréndese que el dictador debía necesitar de ese auxiliar que le dió con arreglo a la nueva constitución» (T. Mommsen, *Historia de Roma*, vol. II..., op. cit., cap. I, p. 20).

35 Cfr. E. Chirinos Soto, *En dos análisis: 1) Golpe de Estado, 2) Habeas Corpus*, Minerva, Lima, 1974, pp. 16-23.

36 P. Lucas Verdú, op. cit., p. 296.

37 Vid. F. Hinard, «De la dictature á la tyrannie. Réflexions sur la dictature de Sylla», en F. Hinard (ed.), *Dictatures*, De Boccard, París, 1988, p. 87.

38 Vid. los trabajos de U. Wilcken y C. Castello en F. Hinard (ed.), *Dictatures*, op. cit., y de F. Hinard (artículo citado y *Sylla*, Fayard, París, 1985).

39 En esta óptica son estudiados con igual tratamiento tanto los triunviratos (considerados desde un punto de vista político) como los decenviros.

privilegiando la «letra» de la norma. El análisis de la dictadura primitiva autoriza a considerar la segunda como fundamento sobre la convicción de que Roma tendría una Constitución a la imagen de las normas fundamentales modernas. No se puede por tanto seguir la primera, porque la norma que encuadra la dictadura no es una constante del quinto al primer siglo, y porque la finalidad de la dictadura no es la «salvaguardia de la República» en tanto que régimen político, sino la salvaguardia del orden, opuesto a la anarquía.

Las dictaduras del primer siglo deben ser estudiadas salvándose dos escollos (en adelante las fechas aludidas se referirán a hechos anteriores a la era cristiana). El primero sería negar que ellas merecen ese título: el hecho de que sean así nombradas invita a examinar si esta magistratura está en la Constitución del primer siglo, como la dictadura primitiva se encontraba en la Constitución antigua. El segundo sería considerarlas ignorando que la Constitución de finales de la República ha evolucionado sustancialmente.

Mommsen explica que Sila y César –los decenviros y los triunviros igualmente– detentan un poder constituyente: no se habrían limitado a aplicar sino también a «transformar la Constitución». El historiador extrae tres consecuencias jurídicas: la ley que nombra a esos dictadores no podría ser inconstitucional, pues es en calidad de constituyente que el pueblo se pronuncia, no importa quién pueda ser designado, ningún límite en el tiempo puede ser impuesto ni al constituyente que vota la ley de habilitación, ni a su beneficiario. La colegialidad desaparece igualmente, los otros magistrados pueden permanecer en sus cargos; en consideración de la Constitución y de las leyes existentes, el «magistrado constituyente extraordinario» es libre en sus movimientos; sólo el término de sus poderes (abdicación o muerte) permite distinguir al magistrado constituyente extraordinario del monarca: la República es restablecida de pleno derecho mientras que la monarquía es imperecedera.

El magistrado constituyente extraordinario es un monarca cuya monarquía era intrínsecamente temporal y anormal⁴⁰. Pero la distinción de Mommsen entre poder constituyente extraordinario y monarquía no puede ser fundada sobre un argumento jurídico. El beneficiario de esos poderes extraordinarios está desvinculado del orden jurídico en vigor y de las autoridades que le han investido de poder. Las medidas que adopta y tienen valor constituyente pueden

40 Cfr. T. Mommsen, *Droit Public Romain*, t. IV, Fontemoing, París, 1907, pp. 425-468.

modificar la Constitución. El magistrado constituyente extraordinario dicta una norma en virtud de la cual el orden republicano será restablecido, pero en la práctica nada le obliga a promulgarla ni a respetarla. Jurídicamente se trata de una revolución, del paso de un orden jurídico a otro.

Mommsen –recogiendo apreciaciones varias– mantiene que la nación dispone de un poder constituyente propio que no puede estar limitado más que por el derecho natural. Esta doctrina le permite dar cuenta teóricamente –a pesar de las elevadas incertidumbres– de los poderes constituyentes extraordinarios en Roma, sin embargo, tales referencias modernas no pueden esclarecer mucho el fenómeno histórico.

Las dictaduras de Sila y César difieren de las primitivas en dos aspectos notables: la ley de habilitación y el contenido de los poderes conferidos. Sila no pudo ser nombrado según el procedimiento habitual por ninguno de los dos cónsules, pues ambos estaban muertos: el poder se encontraba vacante al final del año 82: en este caso se aplica el principio *res publica populi romani ad patres redit*⁴¹. El Senado nombra, seguidamente, a L. Valerio Flaco interrey⁴². En ese momento, Sila⁴³ dirige un mensaje al interrey indicando advertir al pueblo de que él estimaba, en vista de las circunstancias, lo útil que era para el Estado recurrir a esa magistratura denominada dictadura. Aconseja, entre otras cosas, elegir un dictador cuyo poder no fuese limitado a una duración determinada, sino extenderlo hasta que haya conseguido la paz en Roma.

Según Apiano, Sila, sin ningún escrúpulo, había declarado abiertamente al final de su carta que estimaba ser él quien podría ser útil al Estado en esos momentos. Valerio Flaco presenta ante los comicios un proyecto de ley (futura *lex Valeria*), proponiendo el establecimiento de la dictadura. El proyecto no habría mencionado el nombre de Sila. Después que la ley fuera votada, el interrey nombra a Sila como dictador; aquélla preveía una

41 M. T. Cicerón, *Las leyes*, Alianza, Madrid, 1989, libro tercero, p. 234. Ya en la monarquía, los romanos mostraron su preocupación porque el Estado no quedase acéfalo, vacío de poder; en lo atinente a esto resulta ilustrativo un fragmento de la obra de Tito Livio: «A la muerte de Tulo, el poder, como se había establecido desde un principio, pasó a los senadores y éstos nombraron un interrey. Convocó éste comicios y el pueblo eligió rey a Anco Marcio; el Senado ratificó la elección» (Tito Livio, op. cit., t. I, Libro I, cap. 32, p. 219).

42 Apiano establece que Sila «ordenó al Senado que eligiera un interrey» (Apiano, *Historia romana*, t. II, Guerras Civiles (libros I-II), trad. de A. Sancho Royo, Gredos, Madrid, 1985, libro I, 98, pp. 127-128).

43 En noviembre del año 82, Sila, al término de largas campañas militares, llega a los alrededores de Roma. Es amenazado de perder su *imperium consular* si franqueaba el Pomerium.

magistratura *legibus scribundis et rei publicae constituendae* sin limitación de tiempo⁴⁴. Las anomalías son numerosas. Para determinar la naturaleza y el valor de la *lex Valeria* es necesario definir el régimen jurídico de la dictadura en el primer siglo.

Una primera hipótesis consistiría en pensar que la dictadura, aunque aplicada durante 120 años, no ha visto su régimen jurídico alterado. En ese caso, la *lex Valeria* es inútil; la nominación hecha por el interrey sería más que suficiente; la falta de límite temporal es indiferente pues la sola limitación jurídica es relativa al objeto. Pero esa simple lectura no es bastante satisfactoria, ya que no se pueden ignorar los cambios de mentalidad jurídica introducidos por la ideología de los plebeyos. No podemos tampoco dejar de lado a Apiano y a Cicerón, que insisten sobre la no-limitación de los seis meses, la falta de «escrúpulos de Sila», etc. Éste proscribió a sus enemigos, reforzó los poderes del Senado y se atribuyó una dictadura vitalicia (82); en el apogeo de su poder renunció súbitamente y se retiró a Campania (79).

Una segunda hipótesis sería considerar que la dictadura primitiva está ya en desuso⁴⁵. La del primer siglo nacería con el precedente de Sila, que debería ser confirmado⁴⁶. El nombramiento de un magistrado superior y la intervención comicial son desde ahora necesarios. La ley de habilitación comportará el objeto de la dictadura. En cuanto al término de los seis meses, no es más que un lejano recuerdo. Así, la asunción de Sila sería inconstitucional hasta que la costumbre tome fuerza sobre ese nuevo precedente y sea ratificado por la ausencia de reacción hostil.

La última hipótesis es defendida por Bernard Haldi, para quien la dictadura organiza un régimen derogatorio fundado sobre el estado de necesidad. Un derecho de necesidad podría justificar unas fisuras del régimen normal derogatorio. Las diferentes irregularidades verificadas durante el nombramiento de Sila integrarían el campo extenso del derecho de necesidad. Si los senadores no disponen más de la independencia necesaria para dar un *senatus consultum*, respetando el procedimiento tradicional del nombramiento del dictador, se debió encargar a un cónsul proceder al nombramiento de un dictador de su elección. No bastaría contentarse con

44 Ibid., I, p. 99.

45 Durante esta dictadura, en la designación del dictador «el pueblo no tomaba parte de su elección, la cual era privilegio exclusivo de los Cónsules» (T. Mommsen, *Historia de Roma*, vol. II, op. cit., cap. I, p. 20).

46 Un solo acto no puede dar nacimiento a una costumbre (S. Rials, «Réflexions sur la notion de coutume constitutionnelle: à propos du dixième anniversaire du référendum de 1969», en *Revue Administrative*, Presses Universitaires de France, París (junio 1979), p. 266).

decir que el nombramiento del dictador se basa en una ley propuesta por un interrey y votada por los comicios, pues sería contrario a la naturaleza misma de la institución⁴⁷.

Otro caso de cómo se designa un dictador de manera diferente a las formas de la antigua Constitución dentro del último siglo de la República lo representa lo acontecido con César. En el año 49, mientras está en Marsella, César es nombrado por primera vez dictador, sobre la base de una ley, por el pretor Lépidus⁴⁸. Lo es de nuevo, sobre la base de una ley, en septiembre del año 48 por un período de un año, después en el año 47 (no se sabe sobre qué base), de nuevo en abril del año 46 por un período de diez años⁴⁹ y, finalmente, en el año 44, una vez que acabó con todas las guerras civiles, dirigióse a Roma, donde fue «elegido dictador de por vida»⁵⁰. Igual que para el caso de Sila, no se conoce el contenido de esas leyes. ¿Se puede deducir de su sucesión que el principio de la elección es cristalizado en las costumbres constitucionales y que el pueblo está habilitado para determinar la duración de la dictadura? Se puede deducir que todas las magistraturas han sido sometidas a la elección, incluida la de la dictadura, pero las fuentes no permiten afirmar esto con contundencia⁵¹.

Sila fue nombrado dictador *legibus scribundis et rei publicae constituendae* y César *rei gerendae causa*. Según Claude Nicolet, la primera expresión engloba el poder de redactar leyes y el de crear, constituir o establecer la cosa pública, no en el sentido de «redactar una constitución ficticia» –una Constitución filosófica a lo Platón, por ejemplo– sino de «dar unos fundamentos al Estado», a imagen de un Licurgo⁵².

A pesar del anacronismo de la aproximación, se podría hacer corresponder a la primera acepción un poder constitucional total, a la segunda un poder de revisión, lo que confirmaría la obra reformadora de Sila. La primera dictadura de César es *rei gerendae causa*. ¿Esta fórmula induce a pensar que el dictador poseía un poder constituyente o un poder de revisión o ninguno de los dos? La obra de reforma emprendida por César toca incontestablemente la organización de

47 B. Haldi, *La dictature à Rome*, Université Panthéon Paris II, 1971, p. 187.

48 *Rei gerendae causa* como en la época primitiva. César abdica después de once días (Apiano, op. cit., libro II, 48, p. 212).

49 Dion Cassius, *Histoire Romaine*, Livre XLIII, 14, 4, Didot, París, 1864, p. 4.

50 Apiano, op. cit., libro II, 106, p. 268.

51 Si esta hipótesis fuera válida, cesaría de serlo cuando Antonio hace votar el 17 de marzo del año 44 una ley que abole la dictadura.

52 C. Nicolet, *Le métier de citoyen dans la Rome Républicaine*, Gallimard, París, 1976, pp. 226-228.

los poderes públicos⁵³. Ahora bien, los antiguos dictadores disponían de ese poder de revisión. El ejemplo de la *lex Aemilia de censura minuenda* del año 434 lo certifica (limitación de la censura a un año y medio) o la *lex Publilia* del año 339 que da a los plebiscitos una autoridad igual a la ley⁵⁴. Los dictadores han revisado la Constitución y nada permite afirmar que estaban desprovistos del derecho a hacerlo. La importancia de las reformas constitucionales de Sila y de César es la misma que la de los dictadores antiguos, incluso no se puede considerar que el contenido de sus poderes sea intrínsecamente diferente del de los dictadores primitivos.

La dictadura primitiva no debía ser pensada de forma derogatoria en relación con la Constitución —ésta se escribía como complemento de un dispositivo ligero y no era fruto de un derecho de necesidad en contradicción con el de los tiempos normales— ni en violación de la misma porque los tiempos de peligro eran anticipados. En la primera centuria, no se puede establecer firmemente que las dictaduras, a pesar de sus anomalías o particularidades, transgredan el derecho romano constitucional. Podemos pues excluir de nuevo la idea de violación. En cuanto a la derogación, nada permite pensar que la dictadura del primer siglo sea de una naturaleza verdaderamente diferente que organice un derecho de excepción en contradicción con el de las circunstancias normales. Esta conclusión debe ser, sin embargo, temperada por el hecho de que, después de la *lex Valeria* del año 300, el dictador es sometido a la *provocatio ad populum*. Si es verdad que ese derecho de *provocatio* ha sufrido varios cambios en el siglo II (medidas de excepción que permitían a los cónsules castigar a muerte sin tener recurso al pueblo ni a los tribunales criminales permanentes después del año 150, ni al *senatus consultum ultimum* a partir del año 121), la ignorancia del contenido de las leyes de habilitación de las dictaduras de Sila y de César no nos permite formular juicios certeros.

Sila, «obsesionado por el recuerdo de las grandes figuras ancestrales y completamente entregado a la República», habría deseado sinceramente ver que la naturaleza republicana del régimen se eternizase. Al contrario, César habría «deseado convertirse en monarca, preservando la apariencia de la legalidad»; la abdicación de Sila en el año 79 se opone frecuentemente a la

53 Formada de trescientos senadores, multiplicación de las magistraturas, reforma de la ciudadanía, etc.

54 Tito Emilio Mamercino nombra dictador a su colega Quinto Publilio Filón: «Fue una dictadura popular tanto por los discursos inculpativos contra los senadores como por la presentación de tres proposiciones de ley muy favorables a la plebe y contrarias a la nobleza: una, que los decretos de la plebe vinculasen a todos los Quirites; otra, que los senadores aprobasen las leyes que se presentasen a los comicios centuriados antes de dar comienzo la votación; la tercera, que al menos uno de los censores fuese de procedencia plebeya, habiéndose llegado al extremo de poder elegir a los dos plebeyos». (Tito Livio, op. cit., t. III, Libro VIII, 12, 14-16, p. 42).

dictadura vitalicia de César (que en el 44 se convirtió en cónsul y dictador vitalicio de Roma), la cual terminó el 15 de marzo del 44, luego que con la participación de su protegido Bruto, sus asesinos le asestaran veintitrés puñaladas⁵⁵, pensando que con su muerte iba a restaurarse la libertad. César, contrariamente a Sila, unos meses antes de su muerte ejerció el derecho de efigie, el cual era un símbolo de la monarquía⁵⁶. Tendríamos entonces un dictador que habría albergado la intención de salvaguardar la República y otro que habría aspirado a la monarquía⁵⁷: la intención del titular del poder es difícilmente comprendida por el Derecho.

César es un dictador *rei gerendae causa*, antigua fórmula empleada por las dictaduras generales que intervenían «[...] en caso de guerra grave o de discordias civiles»⁵⁸. Se encuentra aquí una de las cuestiones fundamentales del estado de excepción: la de saber si es o no peligroso confiar poderes exorbitantes a un órgano en caso de crisis.

Si la dictadura en el primer siglo presenta un rostro muy diferente al de la dictadura primitiva, es por razones no jurídicas pero relacionadas a las circunstancias de la época; guarda su flexibilidad y su razón de ser. Roma estaba en una profunda crisis que la más sabia de las Constituciones no podía frenar⁵⁹. El estado de excepción sólo tiene lugar en el contexto de una crisis pasajera.

3. El *senatus consultum ultimum*

El *senatus consultum ultimum* hace su aparición en la última etapa de la República, «el cual, [...] servía para otorgar a los cónsules unos poderes extraordinarios que sí suponían una

55 Apiano, op. cit., libro II, 117, p. 280.

56 T. Mommsen, op. cit., t. IV, p. 454.

57 Julio César no creía en el funcionamiento de la República; Ortega y Gasset nos recuerda de éste: «La República no era más que una palabra». «La expresión es de César». J. Ortega y Gasset, *La rebelión de las masas*, El País Clásicos del Siglo XX, Madrid, 2002, Segunda Parte, cap. 7, p. 205.

58 M. T. Cicerón, op. cit., p. 230.

59 Roma recibía los mimos requeridos para mantenerse en paz y orden; como cabeza visible de un imperio mundial y asiento de las instituciones políticas y religiosas, la población gozaba de los beneficios que el dominio del mundo reportaba y hacia ella se dirigían los favores del poder. Y esto después que «también fueron llamados de Veyos a Roma, por senado consulto los que, por pereza de edificar en Roma, se habían trasladado a Veyos donde habían ocupado las casas vacías. Al principio hubo murmullos menospreciando la orden; después, cuando se fijó un plazo, esto, unido a la pena capital para los emigrados que no volviesen a Roma, hizo que, de la altivez colectiva, pasasen a la obediencia individual, cada uno por su propio miedo: así pues, Roma, por una parte, crecía en población y, por otra, se alzaba toda ella en edificios simultáneamente; además el Estado cooperaba en los gastos, los ediles impulsaban el trabajo como si fuese una obra pública, y los propios particulares se daban prisa por terminar las obras, pues les estimulaba el deseo de hacer uso de ellas; dentro del año se levantó la nueva ciudad» (T. Livio, op. cit., t. II, Libro VI, 4, 5-6, pp. 202-203).

suspensión de las leyes»⁶⁰. Ante situaciones extremas, mediante el *senatus consultum ultimum* «se podía suspender la legalidad ordinaria y los cónsules podían adoptar las medidas necesarias para librar a la República de la situación de emergencia en que se hallaba»⁶¹. Se recuerda como un hecho memorable de los últimos decenios de la vida republicana cuando, a solicitud de Cicerón, el *senatus consultum ultimum* es votado el 21 de octubre del año 63 para permitir la ejecución de Catilina⁶², quien había puesto en grave peligro al Estado; el célebre jurista no aceptaba las dictaduras de su tiempo, las catalogaba como un medio que incubaba una alteración constitucional, empero sí era partidario de los poderes del *senatus consultum ultimum* porque lo creía encaminado «a la defensa del pueblo romano y de su tradición constitucional»⁶³.

Entre los mismos romanos encargados de velar por el funcionamiento normal de la República coexisten serias divergencias en torno al *senatus consultum ultimum* y su funcionamiento. Estas diferencias también las encontramos entre los autores modernos⁶⁴. Visto el contexto de su utilización, es difícil analizar el fenómeno jurídico independientemente del político; la lucha entre plebeyos y patricios ha oscurecido la perspectiva. Cada parte defiende su concepción del derecho público contra la otra, de tal manera que éste parece sobrevivir

60 P. Cruz Villalón, op. cit., p. 196.

61 F. Fernández Segado, op. cit., p. 49.

62 «Ahora, padres conscriptos, quiero conjurar, previniéndola, una queja casi justa de la patria; escuchad, os ruego, atentamente mis palabras y grabadlas profundamente en vuestro corazón y en vuestra mente. Digo, pues: si mi patria, a quien quiero más que a mi vida, si toda Italia, si la República entera así hablara conmigo: “Marco Tulio, ¿qué haces?, ¿Podrás tú permitir que salga de Roma aquel en quien descubriste un enemigo mío, en quien ves el futuro caudillo de la guerra, en quien esperan, como adviertes, su general las tropas enemigas, al heraldo del crimen, al cabecilla de los conjurados, al agitador de los esclavos y de los malos ciudadanos, de manera que se diga no desalojado por ti de la ciudad, sino por ti lanzado contra ella?, ¿no ordenarás que se le aherroje, que se le arrastre a la muerte, que se le inmoles con el más grave tormento? (28) ¿Qué es lo que te lo impide? ¿La costumbre acaso de tus antepasados? Pero muchas veces aun personas privadas castigaron en nuestro Estado a los ciudadanos peligrosos con la muerte; ¿o las leyes promulgadas sobre el suplicio de los ciudadanos romanos?; pero nunca en esta ciudad quienes se rebelaron contra el Estado conservaron el derecho de ciudadanía. ¿O es que temes que la posteridad te aborrezca?; buena manera de mostrarte agradecido al pueblo romano, que a ti, hombre que sólo tus obras revelaron sin recomendación de tus padres, te elevó tan pronto, pasando por todos los grados de honor, a la más encumbrada jerarquía, si por temor al odio o a un peligro cualquiera desatiendes la conservación de tus conciudadanos. (29) Mas, si el odio es lo que temes, ¿es más de temer acaso el que procura una severa firmeza que el que nace de inerte apocamiento? ¿Acaso cuando Italia sea asolada por la guerra, saqueadas sus ciudades, incendiados sus edificios, crees tú que entonces no prenderán en ti las llamas del odio?”. A estas palabras sacrosantas de la República y al sentimiento de quienes las comparten responderé brevemente. Yo, si tuviera, padres conscriptos, por el mejor acuerdo condenar a Catilina a muerte, una sola hora no hubiera concedido a ese bandolero para disfrutar de la vida. Porque, si a sumos varones y preclaros ciudadanos no mancilló, sino honró la sangre de un Saturnino, de los Gracos, de un Flaco y de tantos otros en anteriores tiempos, no debía yo ciertamente temer que, por la muerte de este parricida, recayera sobre mí el odio de la posteridad. Y si este odio me amenazara de cierto, fui siempre, sin embargo, de tal temple que el rencor ganado en la virtud gloria lo estimo, no rencor». Ver M. T. Cicerón, *Catilinarias*, trad. de F. Campos Rodríguez, 4ª reimp., Gredos, Madrid, 1983, Primer discurso, XI, 27, 28 y 29, XII, 29, pp. 42-46.

63 F. Fernández Segado, op. cit., p. 50.

64 T. Mommsen, op. cit., t. II, pp. 370-381.

artificialmente, la legalidad no era más que un argumento al servicio de la política. Y cuando se toma en consideración la violencia como medio político, el análisis jurídico se vuelve todavía más arriesgado.

Corrado Barbagallo define el *senatus consultum ultimum* como «una medida excepcional de salud pública por la cual el Senado delega poderes excepcionales a los cónsules [...] utilizando más frecuentemente *Videant consules ne quid respublica detrimenti capiat*»⁶⁵ (encárguense los cónsules de que la República no sufra ningún perjuicio).

Cada elemento de esta definición –procedimiento, carácter anormal, finalidad prevista– merece comentarse. Detrás de estos elementos descriptivos se oculta un problema de teoría constitucional que acerca el *senatus consultum ultimum* al estado de excepción: la competencia del Senado en calidad de intérprete y la existencia de un derecho de necesidad.

3.1 El procedimiento del *senatus consultum ultimum*

«Roma, cuya pasión era mandar y cuya ambición dominar todo, que había usurpado siempre y que seguía usurpando, tenía continuamente problemas importantes, pues sus enemigos se conjuraban contra ella, si no se conjuraba ella contra sus enemigos»⁶⁶. Respondiendo a esta realidad, el *senatus consultum ultimum* tiene una participación visible para resolver las crisis producidas aunque la Constitución republicana instituyera la dictadura a efectos de resolverlas⁶⁷. De otra parte, un *senatus consultum* es una opinión, no una norma obligatoria; la cuestión concierne al poder excepcional de los cónsules, no del Senado. La preferencia por el *senatus consultum ultimum* por encima de la dictadura encuentra su justificación en el conflicto entre Senado y plebe. Para Bernard Haldi, «la institución de la dictadura, tendrá, entre otros objetivos, frenar la ascensión de la plebe». Los hechos habrían cambiado radicalmente con la *lex Hortensia* del año 286: «Después de la sumisión del tribuno, su inserción en el complejo juego de la política senatorial, los *patres* estaban condenados a paralizar la fuerza dictatorial. Hicieron causa común con el propósito de alcanzar ese objetivo; concentraron su energía para frenar la

65 C. Barbagallo, *Una misura eccezionale dei Romani. Senatus Consultum Ultimum*, Roma, 1900, réed. Jovene, Roma, 1980, p. 1.

66 Montesquieu, op. cit., Parte 2, Libro XI, cap. 17, p. 230.

67 Encontramos de cómo se opera con el *senatus consultum ultimum*, probablemente, en Apiano, op. cit., libro II, 33, p. 198.

dictadura, asegurándose ellos mismos su rol de guardián de la legalidad republicana en tiempo de crisis. Ahí podríamos ver el origen del *senatus consultum ultimum*»⁶⁸. Esta interpretación no está exenta de controversia. Admitiendo que sea la neutralización del carácter revolucionario en la acción de los tribunos la que haya conducido a una desconfianza cada vez más creciente contra el dictador, parecería lógico que la dictadura reapareciera para oponerse a los Gracos (quienes, con su espíritu revolucionario, intentaron llevar a cabo una reforma agraria en Roma con el objetivo de redistribuir a los ciudadanos las tierras acaparadas por la aristocracia) más bien que inventar el procedimiento del *senatus consultum ultimum*. Para Mommsen, la dictadura está muerta políticamente cuando se la somete a la *provocatio* (año 300). «La prueba de que no funcionaba seriamente en la época de la Guerra de Aníbal, es la marcha de éste a Roma [...] no provoca el establecimiento de la dictadura»; para el historiador alemán, la dictadura desaparece en realidad después del año 202, de ahí el recurso al *senatus consultum ultimum*, pero admite que se mantiene jurídicamente. En ese mismo sentido, Antonio Duplá Ansuátegui interpreta la *lex Valeria* del año 300 como una victoria del movimiento democrático. A finales del siglo III, la intervención del pueblo en la designación del dictador ha alterado esta magistratura disminuyendo su eficacia: en el siglo II, el Senado deseaba colocarse como «árbitro de la situación», y un dictador demasiado autónomo habría podido hacerle perder esta posición. El *senatus consultum ultimum* sería un «mecanismo de control acorde con el espíritu de los nuevos tiempos»⁶⁹.

En rigor, el Senado no llegó a controlar nunca un dictador que no fuese nombrado por él; se circunscribía a emitir opinión; ningún testimonio acredita que los cónsules se sustrajeran de la recomendación senatorial de nombrar un dictador. Nada permite afirmar que la dictadura había desaparecido de la Constitución romana.

La expresión genérica *senatus consultum ultimum* reagrupa varias fórmulas aportadas por las fuentes. César habla de *consultum ultimum* y *extremum*, Cicerón de *senatus-consultum* «imperioso y peligroso» o –es la fórmula más frecuente– para que «la República no sufriese ningún perjuicio»⁷⁰. La lista de los *senatus consultum ultimum* no es idéntica para todos los autores. Casi la unanimidad admite seis: en el año 121 contra Cayo Graco, en el 100 contra

68 B. Haldi, op. cit., pp. 147-148.

69 A. Duplá Ansuátegui, *Videant consules: las medidas de excepción en la crisis de la República romana*, Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 1990, p. 153.

70 M. T. Cicerón, op.cit., pp. 8-10.

Saturnino, en el 83 contra los Silanianos, en el 77 contra Lépido, en el 63 contra los partidarios de Catilina, en el 49 contra César. Son considerados como sospechosos aquéllos que Corrado Barbagallo había creído descubrir, bajo la pluma de Tito Livio, en los años 464 y 384. En el 133 (asunto Tiberio Sempronio Graco) lo importante no es la presencia de un verdadero *senatus consultum ultimum*, *de republica defendenda* u otro, sino el hecho que el cónsul Escévola se había abstenido de seguir la opinión del Senado en razón de que éste era ilegal.

En lo tocante al estado de excepción, el procedimiento del *senatus consultum ultimum* no tiene nada de ilegal o de inconstitucional, pues no se trata de una obligación jurídica estricta. El Senado no está limitado en cuanto al objeto de la opinión que emite. Sin embargo, desde el punto de vista de los actos tomados por los magistrados a continuación del *senatus consultum ultimum* –y no en virtud de éstos– la ilegalidad es manifiesta⁷¹. Es obligatorio pues justificar esta extensión excepcional del poder de los cónsules en un derecho de necesidad.

3.2 El carácter anormal del *senatus consultum ultimum* respecto de la Constitución

Se toma aquí en cuenta no la naturaleza del *senatus consultum ultimum* sino su eficacia. ¿Es una medida derogatoria o una violación de la Constitución? Según Mommsen, existe «un derecho de legítima defensa por el Estado y por todos sus ciudadanos cuando la Constitución está en peligro y la magistratura no es ejercida»⁷². Esta legítima defensa del Estado, principio general, tiene un lugar intermedio entre el Derecho constitucional en vigor y el no Derecho. «No es desde el punto de vista de las reglas del Derecho *puro* que hay que apreciar esos *senatus-consultums*. Aquí, es la necesidad la que hace al Derecho, y el Senado reconociéndola, se contenta con agregar, en su calidad de primer cuerpo consultivo del Estado, opiniones sobre la mejor forma de organizar la actividad individual desde ahora lícita y necesaria». El sentido práctico es de primera importancia. Todo ciudadano, todo magistrado sin *imperium* podría actuar válidamente en virtud de ese «Derecho de necesidad». Según Mommsen, el *senatus consultum ultimum* conduce a una suspensión de toda regla de competencia. En ausencia de magistrado, esto puede parecer admisible. Si el magistrado legalmente establecido estima oportuno abstenerse de actuar, la opción es más discutible. El historiador considera el derecho de legítima defensa del Estado como una constante en la Constitución republicana, pero reconoce que su

71 A. Duplá Ansuátegui, op. cit., pp. 71-142.

72 T. Mommsen, op. cit., t. II, p. 370.

aplicación extensiva de parte de los conservadores del II siglo contra sus adversarios, fue perniciosa desde el punto de vista político, aunque «lógicamente exacta». Acepta que «de ningún modo estaba reconocido por todos el Derecho público» y que «la facción plebeya lo ha puesto siempre en tela de juicio». Se plantea así la cuestión del fundamento, que no puede ser más que tradicional y ancestral, de un derecho de necesidad que contradice el derecho impuesto. Ahora bien, un derecho que no está fundado sobre la ley proviene de la costumbre o existe por esencia, ontológicamente. En el caso de la costumbre, la ausencia de reconocimiento por parte de los plebeyos, lo destruye, hay una falta de *opinio iuris*. En el caso de un derecho ontológico, no puede ser utilizado –falta de *consensus*– más que por el órgano que decide en última instancia, lo que se calificaría en derecho moderno de soberano, pero la constitución romana ignora este concepto. Depositario de la *autoritas*, el Senado es el órgano más prestigioso del edificio constitucional, pero su autoridad no tiene eficacia sino cuando todos están convencidos de que el Senado aumenta el valor de un acto. Si esta convicción falta, la *autoritas* no es más que una fuerza ajurídica. Ante el clima de violencia reinante de finales del II siglo e influenciado por la teoría del Derecho germano, Mommsen, está convencido de que existe un derecho estatal de legítima defensa por parte de las instituciones romanas.

Para fundar la validez jurídica del *senatus consultum ultimum* sobre la costumbre, el elemento material existe –el *senatus consultum ultimum* ha sido utilizado en varias ocasiones– pero sus precedentes no habrían tenido valor jurídico si es que no existiera la convicción indiscutible de que el Senado ha actuado sobre la base de un derecho. Es verdad que «los plebeyos no han criticado la declaración senatorial en tanto está desprovista de valor objetivo» sino «las iniciativas prácticas que siguen el *senatus consultum ultimum*»⁷³. La eficacia del *senatus consultum ultimum* no está menos alterada; una «declaración de ley marcial» que no estaría surtida de efectos positivos, retiraría de hecho al Senado el poder de autorizar a los cónsules franquear los límites que hay en los tiempos normales.

El derecho del Senado a declarar la urgencia de la situación no ha sido jamás cuestionado. El Senado expedía un *senatus consultum* que no comprometía a los cónsules, en cuanto al nombramiento de un dictador. Tenedor de la *autoritas*, realizaba una constatación de la situación. A partir de finales del siglo II, el Senado se apoya sobre esta capacidad declaratoria para habilitar

73 A. Duplá Ansuátegui, op. cit., p. 171.

a los cónsules a actuar fuera de las limitaciones a las cuales son normalmente sometidos y para atacar a los enemigos políticos calificados como enemigos de Roma. Esta doble extensión, que va más allá de una simple constatación, no ha sido jamás admitida por los dos campos al mismo tiempo. En esas condiciones, el SUC (declaración de urgencia y habilitación a suspender las garantías contra el arbitrario consular) no es fundado sobre un derecho cristalizado en la *opinio iuris*. Tiene que ver con una violación de la Constitución romana y no con una derogación, como pensaba Mommsen. Como siempre en Derecho Constitucional, una violación puede no tener consecuencias si los actos realizados no provocan reacciones hostiles. Ahora bien, la utilización del *senatus consultum ultimum* no ha conducido jamás más que a una exacerbación de la violencia, que retira toda eficacia al pretendido derecho de necesidad del Senado. Montesquieu nos ilustra sobre las durísimas pugnas producidas entre plebeyos y patricios, durante mucho tiempo, en el seno de la República romana⁷⁴.

Podríamos estar tentados de explicar la actitud senatorial con la idea de la delegación. El Senado se consideraba como depositario originario del poder en las circunstancias excepcionales. Delegaría éste a los cónsules sobre la base de un mandato. La idea del mandato, ignorado en la Constitución romana, se presentaría a finales del siglo II. Esta arma conceptual habría sido retomada por el Senado para luchar contra los plebeyos y servir a su propia causa. Pensar en términos de mandato, es desestimar una Constitución mixta por un modelo simple. La lucha «por la soberanía» opondría una oligarquía senatorial al pueblo en sus comicios. El régimen se volvería una aristocracia, pues el Senado puede decidir en última instancia; o bien una democracia, pues los comicios son los depositarios originarios del poder y ninguna otra instancia puede autohabilitarse de extender una competencia que le habría sido delegada. Ese esquema de análisis es anacrónico; corresponde a la definición moderna de la revolución, es decir, la sustitución de un orden establecido de un soberano por otro orden que estableciera otro soberano. Sin embargo, en el clima de violencia que conoce Roma a partir de finales del siglo II, ningún esquema da cuenta teóricamente de las luchas, donde los intereses son complejos; esto permite percibir la dimensión auténticamente revolucionaria de la mutación. Los Gracos habrían tañido las campanas de la Constitución mixta y hecho nacer –tanto de un lado como del otro– la idea de un poder delegado.

74 Montesquieu, op.cit., pp. 223-229.

Contrariamente a la dictadura, que se inscribía más allá de la derogación y de la violación, el *senatus consultum ultimum* no tiene ningún fundamento sólido. Es una violación de la Constitución, que tiende a incrementar las pretensiones revolucionarias de los partidos antagonistas.

3.3 La finalidad del *senatus consultum ultimum*

La institución del *senatus consultum ultimum* es percibida por sus autores como un medio para mantener la salud del Estado, por sus oponentes como «la institucionalización de una política represiva»⁷⁵. Entrar en ese debate supondría medir los méritos respectivos de las partes en consideración del bien de la República romana, pero la sinceridad de las intenciones de los inventores del *senatus consultum ultimum* es insondable. Quizás porque, mientras que no se hable de teoría de la dictadura, se hablará de la teoría del *senatus consultum ultimum*. Es sintomático advertir que la Constitución romana, que hasta entonces evolucionaba en función de sus necesidades, pierde su agilidad. Sus modificaciones resultan no de una evolución natural sino de teorías. En el caso del *senatus consultum ultimum*, que es una suspensión de la Constitución, la construcción conceptual va en auxilio de la práctica. La teoría del *senatus consultum ultimum* se vuelve un arma jurídica al servicio de un propósito político. En el siglo I, estamos en un punto límite entre lo jurídico y lo político, entre la necesidad de concentración del poder para salvar el Estado y el deseo de monopolizar el poder. Los historiadores inclinan con mucho gusto la balanza del lado de lo político denunciando este procedimiento, calificándolo de «excusa legal» o de «sofístico».

Si el *senatus consultum ultimum* es una simple opinión, los cónsules traspasan sus prerrogativas: faltos de fundamento legal, los poderes excepcionales de los magistrados rayan en las usurpaciones. Si el *senatus consultum ultimum* permite a los magistrados extender el campo de sus prerrogativas, el Senado es incompetente para autorizarlos. El *senatus consultum ultimum* es siempre una violación de la Constitución, pues no se puede dudar que aquél tenga por finalidad la de «salvaguardar la república», antes bien ha conducido a una radicalización de los trastornos, y después a su completa ruina. Está fuera del estado de excepción.

⁷⁵ A. Duplá Ansuátegui, op. cit., p. 182.

CAPÍTULO II

LA TEORÍA DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN EN EL MEDIEVO

1. El estado de excepción: la teoría vertical

A esta etapa polémica de la historia la califica Carlos Marx como «tenebrosa Edad Media europea»; añade que «aquí, el hombre independiente ha desaparecido; todo el mundo vive sojuzgado: siervos y señores de la gleba, vasallos y señores feudales, seglares y eclesiásticos»⁷⁶. En este período, exactamente en el siglo XII, aparece el imperativo de conservación de la comunidad: desde entonces, un arte, una ciencia, una lógica específicos van a permitir el aseguramiento de la preservación del rey y del reino. Esta *ratio* particular es generalmente denominada *ratio status regis regni o rei publicae*, literalmente, el arte o la ciencia de la forma de ser del rey, del reino o de la cosa pública. La idea de excepción está ausente en esta fórmula, que nos deriva a lo que hoy se llamaría un derecho exorbitante del derecho común. Sin embargo, puede suceder que, en caso de peligro, el interés de la comunidad entre en manifiesta contradicción con la *ratio status* de los tiempos normales: tendremos entonces que tratar el estado de excepción. Se deben en consecuencia determinar las situaciones donde la salvaguardia de la comunidad esté suficientemente en juego para derogar la *ratio status* normal. Esas situaciones que conciernen a la defensa se consideran en el sentido amplio del término. Para pasar de la conducta normal de la comunidad a la salvaguardia en caso de peligro se invoca la *necessitas*⁷⁷, lo cual hace desplazarse –si se puede decir– del recurso de un derecho normal al de un derecho exorbitante. Si la *necessitas* es real, se tratará de una suspensión o derogación del derecho común y no de su violación; avanzado el Medievo, el criterio de *necessitas* se configura como evidente.

En aquellos tiempos, las comunidades europeas hubieron de hacer frente a circunstancias altamente complicadas. Así tenemos que «a mediados del siglo XIV Europa se encontró a merced de una terrible enfermedad, mortal en un extraordinario porcentaje de los casos. Fue el primero de los brotes de la peste, tan feroz que terminó con la vida de casi un tercio de los habitantes del Viejo Continente. El terror se apoderó de sus gentes, hasta el punto de cometer extravagancias e incluso atrocidades para salvaguardarse de la epidemia. Sus repercusiones económicas y sociales, junto con el hambre y las guerras del momento, dejaron patente la debilidad del sistema feudal»⁷⁸.

76 C. Marx, *El Capital*, t. I, trad. de W. Roces, 4ª reimp., Fondo de Cultura Económica, México, 1971, p. 42.

77 F. Meinecke, *L'idée de la raison d'État dans l'histoire des temps modernes*, trad. francesa de M. Chevallier, Droz, Ginebra, 1973, p. 11. Traducción propia.

78 R. Bladé, «La Peste Negra», en *Historia y Vida*, nº 431, Mundo Revistas, Barcelona, p. 73.

Las revueltas sociales adquieren una dimensión fuera de lo normal con la peste negra. Con su irrupción, la desaparición de una de cada tres personas (en algunos lugares incluso una proporción mayor) tenía que provocar forzosamente desequilibrios. El más evidente fue el descenso en la mano de obra, una situación que los campesinos y artesanos aprovecharon para demandar mejoras ante los señores feudales. En las Cortes de Valladolid, en 1351, se habló de los «prescios desaguisados» que requerían los jornaleros y de que los «menesteriales vendían las cosas de sus officios a voluntad et por muchos mayores prescios que valían».

Las ciudades era donde con mayor virulencia se desataba la peste: allí quedaban, pues, numerosos puestos de trabajo vacantes, con unos sueldos muy superiores a los del campo. Muchos siervos aprovecharon su inusual poder de negociación con los señores para abandonar las tierras (previo pago de una cantidad) e iniciaron un éxodo hacia las urbes. En lo que hoy es Alemania, entre los ríos Weser y Elba, un 40% de los pueblos desaparecieron. La superficie cultivada decreció y se aprovechó la circunstancia para explotar más intensivamente la ganadería (en Castilla, por ejemplo, ganó importancia la famosa oveja merina), un sector de producción que, además, tenía la ventaja de no requerir tanta mano de obra como la agricultura.

Los poderes públicos, en Inglaterra, Castilla o la Corona de Aragón, pusieron cortapisas a la subida de los precios y salarios y fijaron medidas coercitivas que impidieran el abandono de las tierras de cultivo. La semilla del descontento quedaba sembrada. Las revueltas campesinas se sucedieron por doquier. La más sangrienta aconteció en la capital inglesa en 1381: antes de ser reducidos, los insurrectos asaltaron y quemaron diversos palacios, pusieron asedio a la mismísima Torre de Londres y ejecutaron al arzobispo de Canterbury⁷⁹. La mendicidad va a suponer un fenómeno aterrador acompañando a la peste negra⁸⁰.

1.1 Una lógica propia: la *ratio status*

La *ratio status* tendrá su justificación según sea la actuación del Estado; la ley que rige su funcionamiento dice al hombre político lo que debe hacer para conservar la fuerza y la salud del

⁷⁹ *Ibíd.*, pp. 77-79.

⁸⁰ «Múltiples testimonios atestiguan el miedo a los mendigos que sintieron en Europa a partir de la época de la Peste Negra todos aquellos, ricos y menos ricos, que tenían lo suficiente para vivir y que no se sentían amenazados por el “desplazamiento” y, en consecuencia, por la desolación» (vid. J. Delumeau, *El miedo en Occidente*, Alfaguara, Madrid, 1989, p. 298).

Estado. Entendida así, la razón de Estado es una idea muy amplia que puede englobar las nociones del derecho exorbitante del derecho común (lógica propia del gobierno), del estado de excepción (superioridad de la conservación del Estado sobre toda otra fuerza jurídica) y, finalmente, la razón de Estado en el sentido actual (negación de los límites jurídicos al poder y despliegue en la opacidad de la fuerza estatal bruta)⁸¹. La *ratio status* se sitúa en un conjunto de significados que cubren tanto lo jurídico como lo político.

El primer sentido es jurídico: la idea del derecho exorbitante respecto del derecho común, cualquiera que sea el período. Éste estaba presente en Cicerón, que evoca la *ratio* o la *scientia* del *status* de la República⁸² y la distingue del pretexto que estaría dirigido hacia un interés egoísta de los gobernantes detrás de los hábitos de la utilidad común. Cicerón considera, de otra parte, que la *utilitas communis* debe ser observada no como un interés superior del Estado sino como el «interés de cada uno»⁸³. Ninguna excepción debida a un peligro particular, ningún pretexto falaz es admitido: la *ratio* es aquí el soporte que permite la vida en común, un derecho de actuar fuera de las reglas del Derecho civil como, por ejemplo, el derecho de apropiarse de los bienes de un ciudadano para asegurar una vida provechosa en la comunidad. «Porque no hay cosa útil si no es honesta, ni puede serlo por ser útil, sino por ser honesta viene a ser útil»⁸⁴. Esta distinción entre el interés de todos y el de los gobernantes tiende a atenuarse bajo el Imperio. Se encuentra una definición del derecho público en un pasaje de las instituciones de Ulpiano: «*ius publicum, quod ad statum rei Romanae spectat*»⁸⁵. Si la «cosa romana» tiene un *status*, la manera de actuar procederá de una *ratio* particular. En ese texto, para Cicerón, no están previstos los períodos excepcionales o la fuerza pura: el Derecho público queda sujeto a la «regla» del interés de todos. El tercer sentido es político; se trata de la razón de Estado en su acepción actual: actos realizados en menoscabo del Derecho, en el solo interés del príncipe y/o del Estado. Tiende a asimilar la *ratio status* a la fuerza coercitiva del Estado. Uno entre dos concierne al estado de excepción: prevé el bien común no solamente como a lo que debe tenderse sino también lo que debe ser defendido en caso de peligro. Si faltan los medios jurídicos, la *ratio status* autoriza un desplazamiento de los límites al poder a fin de preservar la comunidad política, cuya existencia

81 Vid. M. Senellart, *Machiavélisme et raison d'État*, Presses Universitaires de France, París, 1989, p. 17. Traducción propia.

82 M. T. Cicerón, *Catilinarias*, op. cit., Cuarto Discurso, 6-9, pp. 158-164.

83 Vid. J. Gaudemet, «Utilitas publica», en *Revue historique de droit français et étranger*, n° 29, Sirey, París (1951), pp. 467-472. Traducción propia.

84 M. T. Cicerón, *Los oficios*, trad. de Manuel de Valbuena, Espasa Calpe, Madrid, 2001, III, 30, p. 158.

85 *Digeste*, I, 1, 1, p. 2.

es indispensable para la satisfacción del bien común. En la Edad Media, la *ratio status* no deriva jamás de una razón de Estado puramente política. «La razón de Estado medieval era [...] el arte constante o la ciencia de un gobierno justo para la protección de todos los súbditos y de sus derechos, y [...] la reflexión concerniente a la manera de afrontar las emergencias cuando el Estado y el bien público están en peligro»⁸⁶. Esos dos elementos corresponden a un derecho exorbitante y al estado de excepción. La *ratio status* es el medio por el cual se deja sin efecto o se derogan unas determinadas disposiciones jurídicas; de manera pues, que no tiene por qué interpretarse su aplicación como una infracción o la adopción de medidas injustificadas.

Las justificaciones de la derogación propuestas por los juristas, canonistas, teólogos y filósofos varían considerablemente en función del dominio estudiado, de la época o de las preferencias de los autores. Dos modelos filosóficos y jurídicos merecen una atención particular por su profundidad: Juan de Salisbury en el siglo XII y Santo Tomás en el siglo XIII.

Para Juan de Salisbury, el rey es ministro de la equidad, su misión consiste en ofrecer una «vida sin daños» a sus súbditos. Él hace concordar la ley divina y la equidad, de manera que no haya contradicción entre ellas. Así, ministro de la ley y la equidad, el rey no puede querer voluntad personal potencialmente arbitraria: es sometido a un principio que le sobrepasa. Abordando la cuestión del poder normativo real –donde reintroduce la fórmula *quod principi placuit legis habet vigorem*– Juan de Salisbury escribe: «No corresponde al rey querer nada, excepto lo que exige la ley o la equidad, o lo que exige la *ratio communis utilitatis*»⁸⁷. Si esta *ratio* es conforme a la ley y a la equidad, entonces no es otra cosa que el principio rector del poder normal. Incluso si el rey trata de ajustarse a este principio, pues la ley lo exige, la injusticia humana le obliga a veces a no hacerlo para poder asegurar a los «justos» una vida sin perjuicios. La *ratio* se funda en la *salus publica*. Lo que justifica la acción del rey es el beneficio de todos, el «buen estado» público. En esta lógica, la *ratio* no designa un medio en infracción a las leyes existentes, sino un medio que se integra naturalmente: los principios del gobierno normal son de la misma naturaleza que las relaciones entre las personas privadas porque, justamente, tienen vocación de mantener la cohesión de la comunidad política. En el caso de una sedición organizada, el rey puede, empero, llegar al uso de la tortura en virtud de la *ratio necessitatis aut*

86 G. Post, *Studies in medieval legal thought, Public law and the State, 1100-1322*, The lawbook exchange, New Jersey, 2006, p. 307. Traducción propia.

87 J. of Salisbury, *Policraticus*, t. IV, Cambridge University Press, Cambridge, 1990, pp. 221-222. Traducción propia.

utilitatis. La *ratio* toma aquí una apariencia diferente: se encuentra en una situación excepcional donde aquellos que han querido dañar la figura del rey han cometido un acto «próximo al sacrilegio» y puesto en peligro la cabeza de la comunidad. Se trata de una situación de defensa del rey y de la sociedad contra sus enemigos. La *ratio* permite aquí jerarquizar los imperativos: importa más preservar la comunidad que no torturar a los sediciosos. En consecuencia, el rey puede recurrir a la coacción en buen derecho, mas excepcionalmente. Esta *ratio* excepcional es una *ratio necessitatis*: se percibe la importancia del adjetivo. Por tanto, la necesidad no sale de lo jurídico, ella pertenece a una «legalidad de excepción» perfectamente admitida a partir del momento donde la comunidad corre peligro. Juan de Salisbury aprecia una forma de hipertrofia de la *ratio communis utilitatis* (normal) y una atrofia de la *ratio necessitatis* (excepcional), pues el paso de uno al otro se basa únicamente en el respeto de la ley divina. Si el príncipe castiga a los sediciosos es tanto porque la comunidad está en peligro como porque el rey es la imagen de Dios y los insurgentes cometen un sacrilegio. Para comprenderlo hay que remitirse a su concepción de la tiranía. El tirano es aquél que deja de respetar la ley divina y la equidad, que quiere actuar a imagen de Dios; aquéllos que lo contrarían no hacen más que poner en práctica la ley divina. El rey, representante de Dios en el pueblo, deja poco lugar a la interpretación, de lo que se desprende un único juicio: el rey no es tirano, queda exento de responder por sus actos como cualquier mortal. Su política puede ser juzgada ineficaz, pero el rey ostenta su título en base al respeto a la ley divina y la equidad. En tanto que él no transgreda ese principio, puede hacerlo todo. La *ratio necessitatis* procurará acercarse a la *ratio* normal. La metamorfosis del rey en tirano es repentina, irresistible: el lugar dejado a la excepción es reducido al mínimo.

Con Santo Tomás, *ratio* normal y *ratio necessitatis* son claramente distinguibles y ocupan un espacio delimitado. Para él, la legitimidad del poder se funda sobre una antropología y no únicamente sobre una teología. La comunidad resultante de una necesidad natural, de hombres incapaces de gobernarse, necesita de un rey. La colectividad debe tender hacia su perfección, que es el bien común; ese rey debe conducirla. El tirano, calificado de otra manera, es aquél que no realiza su misión (promover el bien común). Ahora, ese bien común se despliega de forma positiva (procurar todo lo que es necesario para los hombres –la *ratio civitatis*) y negativa (preservar la existencia de la colectividad). Esta segunda misión es superior porque ella es la condición de la posible puesta en uso de la primera. Si no se puede vivir bien es mejor vivir brevemente. Entre el buen rey y el tirano se interpone un monarca que debe realizar una misión

especial, preservar la comunidad en su existencia, así sea perpetrando acciones injustas porque es necesario en virtud de la ley natural. En términos de *ratio*, esta visión sustituye una lógica terciaria por una lógica binaria. Tenemos la *ratio* normal por la cual el rey conduce a los hombres al bien común por medios justos, el rey injusto que ignora el bien común (tirano) y, finalmente, el rey que, para preservar las condiciones de una práctica del bien común, está obligado a cometer acciones injustas: apreciamos aquí la *ratio necessitatis*. En ese caso, el reto de la ley divina está subordinado al respeto de la ley natural en el ejercicio del gobierno; esta necesidad natural está justificada, pues es el deseo divino que los hombres vivan en comunidad. Por una nueva ontología, Santo Tomás desvela un nuevo espacio, aquél de una *ratio necessitatis* con su lógica singular y su campo específico.

Los contornos de la *ratio necessitatis* en Santo Tomás son más precisos que en Juan de Salisbury. Para percibirlos, es menester poner en la balanza el gobierno que no prevé el bien común y aquél que preserva las condiciones de su utilización. El criterio es desde ahora jurídico y político: jurídico porque es en virtud de la ley de naturaleza (inscrita en el deseo divino) que el rey tome medidas excepcionales para la subsistencia de la comunidad; político porque evalúa según la oportunidad las medidas, y no según una suerte de emanación de lo intolerable. Tomás funda un derecho de necesidad e identifica dos legalidades: una normal, otra de excepción. Esta presentación teórica es esencial para comprender ciertas justificaciones contemporáneas de la legalidad de excepción, fuertemente marcadas por la filosofía tomista.

La *ratio status* se desdobra para edificar un derecho de necesidad por la jerarquización de las finalidades. Tanto para Juan de Salisbury como para Santo Tomás, conviene conservar imperativamente el lazo social, el cual está garantizado por el rey en la visión orgánica del primero, que existe naturalmente para el segundo, pero no es nada sin la dinámica que le da el rey en la persecución del bien común (es procurando la paz que la «multitud concertada» no se volverá una «multitud dispersada»). Para esos dos pensadores, el imperativo es la paz. ¿Pero es ésta que prohíbe toda guerra, la paz en el interior que autoriza la guerra de defensa, o la paz del reino —en el sentido de reposo— que autoriza agresiones necesarias para prevenir un mal más grave?

1.2 Defensa de la comunidad política

En la época feudal, la guerra es asunto de los señores y no exclusivamente del rey⁸⁸. Dentro de un contexto cristiano, se trata de determinar los criterios que la hacen justa. La guerra no es considerada relativamente en su objetivo (defender un territorio o un reino) sino en el acto mismo. Mientras la guerra era un asunto privado susceptible de ser juzgado teniendo en cuenta el comportamiento del beligerante, ésta se vuelve –en los siglos XII y XIII– un acto que se dirige no a un hombre sino a una entidad que lo sobrepasa. Esta concepción hace nacer la noción de enemigo, retomada por los legistas de las reglas romanas relativas a la *hostis*.

Paralelamente, la defensa no ha adquirido más que tardíamente el sentido de protección militar de un territorio: era ante todo un asunto privado. De otra parte, defender un territorio es una cosa, defender una comunidad política es otra. En el primer caso, la defensa se acomoda a la concepción patrimonial del poder y de las relaciones de hombre a hombre. En el segundo, hay que pensar en la comunidad como un todo, dotada de una existencia propia, en el seno de la cual lo que está en juego es la seguridad de sus miembros. En la visión agustiniana, la guerra está centrada sobre la cuestión del pecado (la vida terrestre no es para preservarla pues el verdadero nacimiento está en la muerte física): lo importante es llegar a un juicio final con la oportunidad de obtener la vida eterna. A partir del siglo XII, pero sobre todo del siglo XIII, la salud cristiana no es más el tema central de la política. Los gobernantes deben procurar a los hombres una vida sin perjuicios (Juan de Salisbury) o las cosas necesarias para la vida (Santo Tomás)⁸⁹, protegerlo de la muerte violenta.

Tomás va más lejos invocando «la necesidad del combate en común y del socorro mutuo contra los enemigos». Guerra y defensa no están ya relacionadas con la vida eterna, sino que son vistas como materias políticas. La ciudad, que debe asegurar una buena vida a cada uno, es igualmente adaptada para luchar en común contra sus enemigos. Así, se puede hacer la guerra

88 Vid. P. Haggenmacher, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, Presses Universitaires de France, París, 1983, pp. 77-83. Traducción propia.

89 Antonio Carro Martínez nos recuerda: «Ya la escolástica, a través de modulaciones muy matizadas, llegó a perfilar la posibilidad de considerar jurídicos a los actos políticos “necesarios”, siempre que concurriesen las tres circunstancias siguientes: Primero, que exista una grave “necesidad” política. Segundo, que la extralimitación sea el único medio idóneo para restablecer el orden y el bien común. Y tercero, que la vía de hecho utilizada – normalmente la violencia– sea proporcionada a la gravedad de la situación» («Artículo 116. Situaciones de anormalidad constitucional», en Ó. Alzaga Villaamil (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Edersa, Madrid, 1998, p. 214).

legítimamente para la conservación de la comunidad, lo que va a permitir al rey extender su campo de intervención (crear impuestos, legislar para la defensa del reino) y/o derogar reglas que normalmente le obligan (consentimiento del Papa para imponer el clero).

Los cinco criterios clásicos de la guerra justa son formulados por Lorenzo Hispanus en 1210 y retomados casi idénticamente por Johannes Teutonicus y luego por Raimundo de Peñafort (1180-1275): *persona, res, causa, animus et auctoritas*⁹⁰. La persona: debe ser seglar y no eclesiástica. El objeto: que la guerra sea hecha para retomar bienes o para defender la patria. La causa: que se combata por necesidad. El espíritu: que la guerra no sea hecha por odio, ni por insaciable codicia. La autoridad: que no sea declarada sin la autoridad del príncipe.

Dos temas interesan especialmente al estado de excepción. El primer elemento es material: que la guerra sea defensiva (*res*) y necesaria (*causa*). Es la dualidad defensa/necesidad la que permitirá fundar un derecho derogatorio de guerra si la comunidad está en peligro. El segundo elemento, formal, trata sobre la competencia: progresivamente, los autores distinguen guerra pública, querida y conducida por un órgano competente (*persona, auctoritas*) y guerra privada, que puede ser defensiva y necesaria pero no justa porque falta la competencia. La guerra se vuelve un asunto comunitario en su conjunto. Así puede ser introducido un derecho público derogatorio de guerra, dejando un espacio para la excepción. La evolución es doble: de una parte, la legítima defensa, bien conocida en derecho privado, va a ser recibida por las monarquías nacientes haciendo lícitas las guerras defensivas; de otra parte, la guerra estará reservada a las autoridades y, posteriormente, a los príncipes soberanos. Ese proceso de transformación de la guerra en asunto público es importante pues, asociado a la idea de legítima defensa, va a autorizar la suspensión de ciertas reglas en el fundamento de que la comunidad, con el rey a su cabeza, entra en una legalidad excepcional, aquélla de la defensa del reino. La legítima defensa privada es conocida en el Derecho científico. Su fuente: todo hombre tiene derecho a defenderse contra un ataque, una agresión. Ese derecho está fundado sobre una *ratio naturalis* compartida por todos, que releva al *ius gentium*. En la Edad Media, la legítima defensa individual está incluida en la noción de guerra y es una de las formas lícitas. Es igualmente abordada por los canonistas: para Graciano y los decretalistas, la guerra es un comportamiento que podemos juzgar desde el punto de vista de la moral cristiana. Para ser tolerable, un acto de violencia debe

90 Vid. G. Bacot, *La Doctrine de la Guerre Juste*, Economica, París, 1989, pp. 21-38. Traducción propia.

ser realizado en defensa. La legítima defensa eclipsa la inmoralidad del comportamiento de una persona privada o de una autoridad pública. Estamos lejos de la idea de la guerra justificada para la salvaguardia de la comunidad política. Paralelamente, la idea de combatir por la patria es recuperada por sabios juristas en diversos grados sobre la base de textos romanos. Pero patria no significa todavía comunidad política; en la Antigüedad clásica, es un «agregado de todos los valores morales, éticos, religiosos y políticos a los cuales un hombre podía aspirar, al grado de vivir y morir por ellas». Para los decretalistas, la guerra –en el sentido restrictivo de conflicto armado dirigido por una autoridad– es justa si es declarada y comandada por un príncipe en caso de urgencia e inevitable necesidad, sea para la defensa de la patria, sea para la defensa de la fe y de la Iglesia, por ejemplo, contra los sarracenos. La patria no es aquel ente celestial de San Agustín, ni la aldea o pueblo que se encuentra en ciertos textos: se trata sin duda del reino, el cual todavía no es concebido como una comunidad abstracta. El apego a la tierra contenido en la defensa de la patria lleva la marca de un sentimiento teñido de religión. Para los decretalistas, cuando se defiende a la patria, se defienden menos sus condiciones de existencia que la tierra conquistada de más o menos antigua fecha. La idea de luchar o morir por la patria busca la protección de la comunidad política. Lo importante es que su defensa no supone una previa agresión. Defender su tierra, sus tradiciones, su patria es considerado como un imperativo incondicional en el mismo nivel que defender su fe. En los dos casos, es defendido lo que toca en lo más profundo del «sentimiento» comunitario. De ahí la emergencia del sentido más moderno de guerra justa: conflicto extranjero lícito porque es defensivo y público. Los decretalistas precisan otro punto importante: mientras que hasta entonces era defensiva, la guerra debía ser también necesaria. Si no resulta de una *necessitas* sino de una libre voluntad, la *causa* falta. Pero la necesidad, término polisémico, tiende a extender el campo de la guerra defensiva y a abrir un espacio a la interpretación de la necesidad de la defensa. En efecto, la *necessitas* puede ser normal o excepcional. Añadiendo al criterio de la legítima defensa el de la necesidad da lugar a la indeterminación. Podemos pensar en interpretaciones posteriores donde la guerra exterior es juzgada necesaria pues favorece el orden en el interior y la lucha contra los sediciosos. ¿La doctrina cristiana de guerra defensiva, en esas condiciones, en qué cambia? Raimundo de Peñafort, que hace suya la introducción de la *necessitas*, completará la noción de *causa* con la idea de paz. Para los decretalistas, estaba todavía al mismo nivel del pecado, el cual era juzgado como un acto belicoso. Hasta entonces, la paz era el fin perseguido por la guerra necesaria y defensiva; haciendo entrar la paz en los motivos de la guerra justa, se introduce un germen de

subjetividad. «Hacer la guerra para obtener la paz» podría ser puesto en la balanza con «hacer la guerra para defenderse». Una guerra no defensiva podrá ser justa si tiene por ambición la paz. Esta indeterminación es reforzada por el hecho de que en la época de Raimundo los cimientos de las ciudades eran más firmes. El motivo de paz corre el riesgo de ser lo que dicen los beligerantes. Vemos diseñarse una nueva tendencia: desde un punto de vista material, la guerra todavía debe ser más defensiva y referirse a la legítima defensa para ser justa, pero por la introducción de los conceptos de *necessitas* y de *pax*, se desprende de la concepción privatista y entra en una lógica más política, dejando un margen de apreciación considerable a los gobernantes.

Para convencerse, se puede mencionar la cuestión de la réplica. La legítima defensa supone una defensa inmediata, espontánea, incluso infundada. Cuando la guerra es pública, todo es diferente. Sostienen los decretalistas que si la réplica no era inmediata, sería injusta pues coincidiría con la vindicta o venganza. Por tanto, Guillermo de Rennes acepta que la réplica sea diferida en razón particularmente de los preparativos de la guerra. Para que la réplica sea justa, es indispensable que la parte perjudicada no haya tenido otra ocupación que la de prepararla después del primer ataque. Esta opinión es característica de una tendencia, a principios del siglo XIII, de hacer de la legítima defensa una noción de contornos no bien definidos. Es por otra parte lógico que el criterio formal de guerra justa (la autoridad) haya tendido a prevalecer sobre el criterio material. Es justa, para Raimundo de Peñafort, una guerra dirigida por una autoridad habilitada a hacerlo: no se sustituye el criterio material pero toma el primer lugar. Los decretalistas, según Graciano, ponen el acento sobre la competencia de la guerra: «Nadie puede hacer la guerra sin la autoridad de los príncipes». La *auctoritas principis* debe significar la autorización de hacer la guerra concedida en o por una autoridad que dispone de un poder de jurisdicción suprema (*principe indicatur bellum*). Esta idea de competencia de guerra es sintomática en este período de recesión del feudalismo en provecho de la Iglesia (lucha contra la guerra privada) y de las monarquías. Progresivamente, la autoridad habilitada para dirigir una guerra será el monarca con exclusión de los señores: por tanto, la guerra privada se vuelve injusta. Ese fenómeno se inscribe igualmente en el movimiento de afirmación de la justicia real: la guerra entre señores puede ser justa si es autorizada por el príncipe justiciero. De ahí surgen dos consecuencias: la guerra privada entra en un cuadro justiciero y en el derecho interno; la guerra pública se vuelve monopolio del príncipe y se introduce en el derecho internacional. El

Estado medieval en construcción es el principal artífice y el principal beneficiario.

La evolución de los criterios de la guerra tiende a hacer del monarca el intérprete de su justicia. Haciendo de la legítima defensa un criterio más indefinido y del rey el órgano habilitado a decidir y dirigir una guerra; legistas y decretalistas han reforzado los cimientos reales en materia militar. La defensa introducida en el discurso del derecho público evoluciona de la legítima defensa privada, inmediata y proporcionada hacia la defensa natural, estatal, la protección de las fronteras y de los «intereses vitales». Esta nueva prerrogativa real no es sin embargo arbitraria ni su justicia un pretexto: el rey la ostenta porque él ocupa este lugar específico de cabeza de la comunidad. Defender su reino es un deber tanto como un derecho, pues defender la paz es la condición del bien común.

Santo Tomás contribuye también a «modernizar» la noción de guerra exterior, ésta no puede ser dirigida más que por la autoridad suprema del reino. La competencia del beligerante pasa al primer rango de las condiciones de la guerra justa. El príncipe, para Tomás, a la vez que es natural y que se somete a las órdenes divinas, como garante del bien común, debe imperativamente defender su reino, pues si las condiciones permiten conducir hacia el bien común y no son reunidas, la comunidad entera peligra. Una agresión «externa» no atenta solamente contra el territorio o el rey, golpea la comunidad entera en su existencia. Mientras que la patria era un apego sentimental a una tierra, la comunidad de Tomás está fundada ontológicamente sobre la defensa de las condiciones del bien común. El beneficiario de la competencia de la guerra es el rey, pero le es acordada porque él está a la cabeza de una *res publica* que existe por ella misma. La prerrogativa del jefe desaparece detrás de una competencia estatal, un «Estado» que no está fuera ni por encima de la comunidad sino que es la condición. Tomás llega a una visión ontológica de la salvaguardia del Estado, fundando ahí su concepto de necesidad absoluta.

Santo Tomás hace la distinción entre guerra y conflicto exterior. La riña es un combate privado, no una guerra. Y «para que una guerra sea justa, se requiere que sea iniciada por la autoridad del poder público [...]», ahora bien, la riña se produce por un movimiento privado de odio o pasión violenta que mueve a indignación y enojo. La sedición se lleva a cabo «entre las partes de un mismo pueblo que no se comprenden más, cuando un sector de la ciudad, por

ejemplo, se subleva contra el otro». La guerra justa pretende la defensa de la comunidad política, en consecuencia, de un bien; la sedición, por el contrario, tiene otro cometido, «dado que la sedición se opone a un bien especial, a saber, la unidad y la paz de la multitud, es un pecado especial [...]. Es por lo mismo, evidente, que la unidad a la que se opone la sedición es la unidad de derecho y de utilidad común. En consecuencia, la sedición se opone a la justicia y al bien común. Por eso la sedición es, por naturaleza, pecado mortal»⁹¹. En cuanto a saber si se trata de un pecado de la misma índole que para aquéllos que someten al pueblo a un poder tiránico, Tomás desapruueba la tiranía, «de ahí que la perturbación de ese régimen no tiene carácter de sedición [...] El sedicioso es más bien el tirano, el cual alienta las discordias y sediciones en el pueblo que le está sometido, a efectos de dominar con más seguridad»⁹². Tomás se interesa menos en las medidas a efectuar en caso de sedición que en su naturaleza pecaminosa. Por tanto, la agresión de los enemigos y la sedición producen los mismos efectos en el interior y lesionan el bien común. El sedicioso entra en la categoría del enemigo que ataca, como el agresor extranjero, a la unidad y a la justicia. «Es lícito matar al malhechor en cuanto se ordena a la salud de toda la comunidad, y, en consecuencia, el realizarlo le compete sólo a aquel a quien esté confiado el cuidado de conservar la comunidad, igual que al médico le compete amputar el miembro podrido cuando le fuera encomendada la curación de todo el cuerpo. Pero el cuidado del bien común está confiado a los príncipes, que tienen la autoridad pública. Por consiguiente, solamente a éstos es lícito matar a los malhechores; en cambio, no lo es a las personas particulares»⁹³. Sin embargo, Tomás no considera tratamiento especial: el sedicioso deberá ser tratado de acuerdo a las leyes en vigor eventualmente rigurosas.

Los siglos XII y XIII veían diseñarse una tendencia fundamental. La guerra está jurídicamente dirigida; su argumentario de justificación ya no descansa en la concepción puramente cristiana: ahora es misión propia del monarca preservar la existencia de su reino, que no es más un bien sino una comunidad política. Entre la guerra justa conforme a derecho y la guerra injusta y tiránica va a existir una guerra no conforme al derecho normal pero justificada por un interés superior. Para Tomás, lo político (bien de la comunidad) no prevalece sobre lo teológico (salud) sino que una lógica más bien estatal querida por Dios crea un espacio de derogación de las normas jurídicas.

91 S. T. de Aquino, *Suma de Teología*, t. III, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1990, parte II-II(a), cuestión 42, art. 1-2, pp. 345-346.

92 *Ibíd.*, p. 346.

93 *Ibíd.*, cuestión 64, art. 3, p. 532.

Por otra parte, el concepto de paz es reconsiderado. Condición previa e indispensable a la realización del bien común, es relegada a los dominios político y jurídico. El fin del hombre cristiano permanece en Dios para Tomás, pero la del hombre-animal político pasa por la paz. Ahora bien, esta paz necesaria no es otra que la preservación de la muerte física que ha de ser un bien posible, como para San Agustín, pero que hay que evitar a todo precio en el orden político. De ahí la dificultad en el estado de excepción: ¿la vida de un hombre es menos importante que la conservación de la comunidad política? Cuando, más tarde, autores como Hobbes – particularmente– hicieron de la preservación de la vida el criterio por el cual los hombres (luego de prescindir de la libertad absoluta que tantos perjuicios les ocasionaba) pactan y entran en la sociedad política organizada, la distorsión entre la finalidad (preservar la vida) y los medios (matar para preservar la comunidad) hacía estallar la contradicción. Tomás piensa que el bien común es preferible a la desdicha de otros, pero esa infelicidad está en adelante sujeta a una legalidad excepcional susceptible de maltratar en ciertas circunstancias la legalidad normal.

La imposición de la lógica defensa de la comunidad es igualmente perceptible a través de la evolución de la *salus*. En Roma, se hacía referencia frecuentemente a la máxima *salus populi suprema lex est*. Los padres de la Iglesia han empleado *salus* esencialmente desde una perspectiva eclesiástica: la salud del alma. A este respecto, San Agustín merece ser citado. «Yo sé que Cicerón [...] sostiene que cualquier Estado rectamente ordenado no debe emprender guerra alguna si no es en defensa de sus pactos o de su supervivencia». Lo que entiende por asegurar su salud y de qué salud habla, lo explica separadamente: «Los particulares se sustraen mediante una muerte pronta a estas penas que sienten aún los necios, es decir, a la pobreza, destierro, cadenas, azotes. En cambio, el castigo propio de las ciudades es esa muerte que parece libera a los particulares del castigo. Porque la constitución de la ciudad exige que ésta sea eterna. De suerte que no hay muerte natural para el Estado como la hay para el hombre, en quien la muerte no sólo es necesaria, sino muchas veces hasta deseable. Por el contrario, la ciudad, cuando se suprime, se destruye, desaparece; algo así como si toda esta máquina del mundo se abatiera y se derrumbara»⁹⁴. Agustín veía dos elementos consustanciales en la buena marcha de la ciudad, esto es, la *salus* y la guerra justa. Para Cicerón, la guerra era justa sólo en dos casos, cumplir un compromiso y asegurar su bienestar. El texto perdido que aporta San Agustín esclarece el sentido que él da a la «salud de la ciudad»: una ciudad tiene vocación a la eternidad, si no ésta veía el

⁹⁴ San Agustín, *La Ciudad de Dios*, t. II, trad. de S. Santamarta del Río y M. Fuertes Lanero, 4ª ed., Biblioteca de Autores Cristianos de La Editorial Católica, Madrid, 1988, Libro XXII, Capítulo VI, 2, p. 859.

mundo entero desaparecer. Su salud es un imperativo, por tanto, es un todo dotado de leyes propias, de divinidades (los dioses romanos son eternos porque lo son las ciudades), de su pueblo (sus miembros desaparecen pero el pueblo romano permanece). Como nada existe fuera de ella, una ciudad que perece es comparable a un mundo que termina. Pero después del advenimiento del cristianismo, sólo Dios es eterno y la palabra *salud* designa la vida eterna que se le concederá o no a cada cristiano el día del juicio final. ¿Cómo en ese contexto puede San Agustín interpretar la noción de salud de la ciudad? «Cicerón habla así porque estima con los platónicos que el mundo no debe perecer jamás. Es pues claro: quiere que la ciudad emprenda la guerra para asegurar su salud, según su expresión, una permanencia eterna, bien que los individuos mueren y nacen [...] Pues, remarca que la muerte es una pena para el conjunto de una ciudad, pero no para los individuos, que libera al contrario a menudo de toda pena. Se puede entonces plantear si los saguntinos han actuado bien prefiriendo perder su ciudad entera más bien que de violar la fe jurada, que los une a la república romana». Agustín, quien concibe «la ciudad terrena que no será eterna»⁹⁵, con sus presupuestos, traslada la problemática de salud –preservación de la ciudad– al juicio final. Siguiendo el razonamiento de Cicerón, no se preocupa acerca de la posición del cristiano el día que se presente al juicio final, sino sobre el futuro de la ciudad. La pregunta surge: ¿la ciudad ha cometido una falta de tal naturaleza para privarla de su salud? ¿En la adaptación, la ciudad de los saguntinos puede obtener su salud (cristiana) si no ha cumplido su compromiso (su *fides*) hacia Roma?⁹⁶. «Ciertamente, por sus actos (los saguntinos han preferido el compromiso de la preservación de su ciudad) acogen las alabanzas de todos los ciudadanos de la república terrestre. Pero yo no veo cómo han podido aplicar la tesis que prohíbe emprender ninguna guerra, sino por la fe jurada o para la salud; pues no dice qué elección impone, si uno y otro están juntamente en peligro, de tal manera que no pueda salvaguardar uno sin perder el otro. Era seguramente el caso de los saguntinos, elegir la salud resultaba traicionar la fe; guardar la fe era perder la salud». Haciendo un juego de palabras, Agustín coge un cierto placer al señalar la contradicción entre el juramento a un aliado y la preservación de la ciudad, para concluir: «La salud de la ciudad de Dios es otra cosa, es con la fe y por la fe que puede asegurarla, o más bien obtenerla; si la fe es perdida, toda salud se vuelve imposible». La fe y la salud cristianas no son contradictorias para el Obispo de Hipona. Mientras que en el contexto romano hay que elegir, en el contexto cristiano es la fe que permite la salud. Pero la salud, la eternidad, no tiene ninguna

⁹⁵ *Ibíd.*, Libro XV, capítulo IV, p. 146.

⁹⁶ *Vid.* T. Livio, *op. cit.*, t. IV, Libro XXI, pp. 20-32. En esta parte de su obra narra el ataque a Sagunto hasta su toma.

característica terrestre. Los Estados pueden perecer, la salud terrena no le será por tanto rechazada. Sacando la salud del contexto terrestre, Agustín socava los fundamentos de la eternidad de los Estados. Su historia, así como las ideas de los siglos V al XII, testimonian: la preocupación mayor no es la preservación de un Estado por vocación eternal sino la salud personal del emperador, de los reyes y de cada cristiano.

Cuando en los siglos XII y XIII la cuestión de la perpetuidad de los reinos reaparece vía su carácter natural y querido por Dios, la de la salud del Estado se plantea de nuevo. Juan de Salisbury emplea la expresión *salus publica*, pero a continuación hace una inflexión: la salvaguardia de la salud del Estado no depende del Primer Jefe, sino de la obediencia a la ley divina. La expresión que había suprimido lo político y lo jurídico por lo religioso es reintroducida, y con ella la preocupación del bienestar de la cosa pública, de su preservación, en consecuencia, de su eternidad. Esta expresión se encuentra frecuentemente bajo la pluma de Santo Tomás y de la mayoría de sus autores regalistas. En el discurso del estado de excepción, la elección de las palabras es determinante: si el Estado o la ciudad pueden tener salud, eternidad, es importante e imperativo defenderse. Será el precio de la injusticia mientras que, para San Agustín, ahí donde no reina la verdadera justicia (la obediencia a la ley divina), no hay auténtica *res publica*.

2. La dinámica de la teoría vertical

Los dos pilares del estado de excepción medieval –*ratio status* y salvaguardia de la comunidad política– se afirman en los siglos XII y XIII y contribuyen a la formación del Estado moderno. En período de calma, el monarca gobierna según la *ratio* normal y puede obrar por el provecho común, siempre respetando los límites asignados a su poder. Al contrario, si un peligro amenaza, una distorsión surge entre el imperativo de salvaguardia y los medios que dispone. Este espacio será cubierto invocando la necesidad.

La aporía ha sido relevada: la necesidad está en sí misma fuera del orden jurídico. En el primer caso, la norma jurídica se encuentra debilitada pues nada permite prever que será utilizada y que la «regla de necesidad» no lo será. Empujada al extremo, esta lógica conduce a la negación de la norma: si ésta es aplicada y la necesidad ignorada, es porque se habrá considerado

como más oportuno aplicar la norma. La elección es una afrenta contra la seguridad jurídica. En el segundo caso, la utilización de medidas de necesidad requiere que sea constatada la imposibilidad de aplicar la norma. Nos encontramos en una situación no admitida de derecho porque la norma es considerada inaplicable. Dos cuestiones interdependientes se plantean, ¿quién puede constatar la imposibilidad de aplicar la norma y según qué criterios? Si el criterio justificando el pasaje de la legalidad de la necesidad es subjetivo, llegaremos a una situación próxima a la del primer caso. El soberano dispone de un poder discrecional de aplicar o no la norma. Por el contrario, si se opina por la objetividad del criterio, la constatación de la postergación de la norma ante la necesidad escapa a la pura voluntad del soberano para entrar en el dominio de la razón y de la evaluación. Obsérvese el carácter arbitrario de la institución.

La necesidad se introduce igualmente en una tercera vía. Los medievales han percibido una necesidad que, sin estar en el derecho normal, no era del dominio del hecho político sino que estaba en el corazón de la dinámica del estado de excepción. Esta necesidad reposa menos sobre su justificación que sobre su criterio. La justificación consiste en estimar que en ciertas coyunturas hay que jerarquizar las misiones del poder: en caso de peligro, la salvación de la comunidad prima sobre el respeto de la regla normal. Inmediatamente se plantea la cuestión del momento donde van a ser jerarquizadas las misiones, y en otros términos, aquél del criterio que permite pasar de la salvaguardia en el respeto de las normas a la salvaguardia sin sometimiento. No se trata aquí de la razón o de la evaluación de la autoridad que decide dejar la legalidad por la necesidad, sino de un sentimiento que se impone: la evidencia. Esta evidencia, en ausencia del recurso al razonamiento, permite integrar la necesidad en una «legalidad de excepción»: si es colectivamente resentida, no depende ésta de la apreciación de la persona. Es o no es. Si es manifiesto que las normas deben ser contorneadas, no salimos del orden jurídico pues la necesidad –irresistible– se impone. Sin destruir la norma de los tiempos normales, el período de peligro va a responder a una lógica que no es arbitraria, pues ni aquéllos que la utilizan ni aquéllos que la siguen pueden percibir una solución.

2.1 La *necessitas*: fundamento del estado de excepción

El papel asignado a la *necessitas* como generador del estado de excepción supone la conceptualización de la ratio *status rei publicae* y del imperativo de salvaguardia de la

comunidad. Para que la necesidad autorice la entrada en el estado de excepción, las relaciones entre el rey y la ley deben obedecer a una lógica ternaria y no binaria, concibiendo un espacio de derogación entre el ejercicio normal del poder y la tiranía.

La lógica binaria es patente según San Isidoro de Sevilla (el último Padre de la Iglesia latina), quien considera como una necesidad para el rey proteger la Iglesia y actuar y reaccionar bien. Para él, el título de rey depende de ello⁹⁷. Esta misma lógica está presente, en menor medida, para Juan de Salisbury. Antes del siglo XIII, la *necessitas* era igualmente conocida como generadora de un régimen derogatorio, pero en el interior de un sistema donde comunidad política y comunidad cristiana no estaban distinguidas. Graciano afirma que el Papa Nicolás I, en el año 866, reconocía válida, incluso durante la cuaresma, la guerra de defensa de la patria en caso de urgente necesidad. Pero la patria no es aquí territorial o nacional, es la Cristiandad. Los decretalistas, a finales del siglo XII y a inicios del XIII, recurriendo al Derecho romano, afinan el concepto de necesidad sin por tanto aproximarla a una concepción secularizada del poder. Prueba de su utilización está en la *Summa Coloniensis*, donde el decretalista estima justa una guerra declarada por el príncipe, en caso de inevitable y urgente necesidad, para la defensa de la patria o de la fe y de la Iglesia contra los Sarracenos.

La literatura de finales del siglo XIII da un sentido específico a la *necessitas*. La mayoría de los autores la conciben como el medio de ir más allá de las limitaciones normales del poder real. Tomás de Aquino retoma la máxima romana –la necesidad no tiene ley– a propósito de la interpretación de la ley para aquéllos que están sometidos a ella⁹⁸. Señala que sólo el legislador, en tanto que autor, puede interpretarla, pues él únicamente conoce su intención. El aquinate admite, sin embargo, que en ciertos casos una disposición pueda ser «extremadamente perjudicial», de suerte que si «la observación de tal ley es perjudicial a la salud común, ésta no debe ser observada». Aquí, la salud común es prevista sin reenviar directamente al estado de excepción. El ejemplo que sigue se aproxima por tanto: una ciudad está amurallada y se prescribe cerrar las puertas, en bien de la «salud común». Pero «si sucede que ciertos enemigos persiguen ciudadanos, de quienes depende la supervivencia de la ciudad, sería muy perjudicial para ésta, el no abrirles las puertas. Es por eso, en ese caso, que se les debe abrir, yendo aún

97 Vid. S. I. de Sevilla, *Los tres libros de las «Sentencias»*, trad. de I. Roca Meliá, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2009, libro III, cap. 51, 5-6, p. 197.

98 S. T. de Aquino, *Suma de teología*, t. II, op. cit., parte I-II, cuestión 96, art. 6, pp. 753-754.

contra la letra de la ley, a fin de salvaguardar el interés general que el legislador hubiera previsto». En cuanto a saber quién puede decidir apartarse de sus prescripciones literales y según qué criterios, Tomás sostiene que «si la observación de la ley no ofrece ningún peligro inmediato», corresponde a los príncipes interpretar lo que es útil a la ciudad, pues son ellos «la autoridad para dispensar la ley». El final de la respuesta permite medir el grado de la *necessitas*. «Si el peligro es apremiante, no teniendo suficiente plazo para consultar al superior, la necesidad permite la dispensa; pues la necesidad no tiene ley (*necessitas non subditur legi*)». La inminencia del peligro posibilita a cada uno ser el intérprete del bien común. Así, la urgente necesidad dispone de una autonomía en el interior del orden jurídico fuera de toda habilitación. «Cuando se le dispensa a uno de cumplir la ley común no se ha de hacer con detrimento del bien común, sino precisamente para que el bien común salga favorecido»⁹⁹.

En ese caso, el subalterno no se sustrae de la autoridad del príncipe, obedece a la necesidad. Aun cuando la ley está prevista para «la salud común de los hombres» y no adquiere «fuerza y razón» más que en esta medida, la persecución del bien común prevalece sobre el respeto estricto de la ley. Tomás plantea aquí las bases conceptuales para pensar en la legalidad de excepción: no es menos legal obedecer a la necesidad en caso de urgencia que obedecer a la ley, y no es para destruirla pues «aquel que, en caso de necesidad actúa independientemente del texto de la ley, no juzga ésta sino sólo un caso singular». Así mismo, la necesidad no implica una interpretación de la ley, pues es «la evidencia del perjuicio causado» que justifica que se aleje de ella.

En la hipótesis según la que los ingresos del príncipe fueran insuficientes para defender su dominio, Tomás estima que es justo que todos contribuyan con ayudas para la salvaguardia del interés general. Y en el caso de una invasión enemiga, los príncipes pueden realizar recaudaciones, que deben estar circunscritas a su objeto defensivo: no debe tratarse ni de gastos «excesivos», ni *a fortiori*, de satisfacer pasiones. Este reconocimiento de la fiscalidad excepcional no es mucho más original en la época. Una observación a hacer: el eventual abuso está calificado de pecado. Se podría haber pensado que tal abuso sería más bien calificado de falta de gobierno. En realidad, no hay contradicción: servir a la utilidad pública se inscribe en el deseo divino, pues una falta hacia la comunidad política es también una falta hacia Dios. Esta

⁹⁹ *Ibíd.*, c. 97, a. 4, p. 759.

ilustración en materia fiscal confirma que la necesidad no contradice a la exigencia de justicia contenida en la ley. Alejarse de los términos de la ley no es contradictorio con al beneficio de todos. El tiempo de necesidad no sobrepasa todas las normas: la sola que queda, inflexible e inmutable, es la justicia y la satisfacción del bien general, del cual depende la existencia misma de la comunidad política.

Santo Tomás, incorporando la necesidad en el orden jurídico, es acompañado en esto por una aplastante mayoría de autores cuyas preocupaciones son más prácticas. Su alumno, Pierre Dubois, en su *De recuperatione Terre Sancte*, entre los años 1305 y 1307, defiende posiciones muy avanzadas. La cuestión de la necesidad es abordada, así como el tema de la defensa del reino. Si la ley busca el *auxilium* de aquéllos que le deben servicio militar y aún ésta es insuficiente, puede recurrir a los arrendatarios de feudos disponibles. Defender el reino era asunto de todos, estima Pierre, todo el mundo debe contribuir a ello: si esto no es suficiente, la ley debe utilizar otro recurso «en función de una verdadera y justa estimación, y puede solicitar la ayuda del pueblo, es decir, de todos, incluso la de aquellos que detentan la condición de arrendatarios». De otra parte, «en caso de necesidad de defensa del reino, que no tiene ley, el rey puede exigir y requisar bienes de las iglesias y de los eclesiásticos para satisfacer sus necesidades». La opción es audaz, no se trata sólo de hacer participar fiscalmente al clero en los esfuerzos de defensa, sino de brindar los bienes de primer orden. En situación de guerra defensiva, la máxima *necessitas legem non habet* permite apartar las reglas que se oponen como obstáculos al poder real.

A pesar de su audacia, Pierre comprende circunscribir esta extensión de prerrogativas: «Esta es la última de las últimas ayudas a las que el rey puede recurrir, lo que es suficientemente claro porque esta colaboración de las iglesias y de los eclesiásticos no ha sido jamás requerida hasta nuestros días». Ya que la *necessitas* no es una falta del Derecho, no es un *ius* a parte entera. «(La ayuda de las iglesias y de los eclesiásticos) ha sido requerida contra el derecho común canónico y civil, considerada como pecado mortal, a menos que no exista un *ius speciale* gracias al cual y en razón del cual, puede ser requerida; no puede existir más que un derecho, es la *evidens necessitas defensionis*». Para que la necesidad sea elevada al rango de derecho, su objeto debe ser la defensa y su criterio la evidencia. No podría tratarse de una «necesidad condicional, como el alimento que es necesario a un animal para que sea salvado». El límite de la derogación

es contenido en la máxima *cessante causa, cessat effectus*¹⁰⁰.

Alrededor de los siglos XIII y XIV, la *necessitas* se enraíza en el discurso jurídico para justificar alargamientos excepcionales de las prerrogativas reales. Esto va de la mano con la afirmación creciente del Estado medieval adolescente, bajo el reino de Felipe IV de Francia El Hermoso. Así, la banalización del término va a modificar ligeramente el sentido: la *necessitas* va a pasar del dominio de lo excepcional a lo habitual o intermitente. Esta modificación semántica no cambió los datos: por el contrario, la evolución es considerable.

En este sentido, los desarrollos de Petri Jacobi (alrededor de los años 1270-1350) en su *Practica aurea libellorum* (hacia el año 1311) ofrecen una auténtica ilustración. En la línea de los autores de su época –y conforme a la realidad jurídica y política–, Petri Jacobi expone las condiciones necesarias para una recaudación real de impuesto directo sobre el conjunto de los sujetos y son: 1. La guerra o la amenaza de guerra, de donde surge una prerrogativa extraordinaria y no permanente; 2. Que ese impuesto sea creado en el interés común y por la salvaguardia de la cosa pública; 3. Que los ingresos del dominio real sean insuficientes para hacer frente a los gastos. La fiscalidad de los tiempos de guerra para la defensa del reino debe responder a una necesidad pública. Mientras que otros concebían la necesidad cuando la amenaza era inminente y grave, Petri Jacobi admite la creación, mientras que la guerra no es efectiva, en alguna suerte, a título preventivo. Es más que un matiz, pues la guerra hace su entrada en el campo de los acontecimientos no excepcionales; es considerada como un accidente normal, de donde surge un derecho de percibir impuestos extraordinarios inhabituales, pero que no perturben el orden jurídico. Combatir reclama una organización diferente, pero no hay derogación (quien sobreentiende una improvisación al margen del derecho justificado por una finalidad superior) pues la guerra no encierra una legalidad particular previamente conocida, de excepción (modificaciones anticipadas del orden jurídico). Con Petri Jacobi, la fiscalidad real pasa del dominio del estado de excepción a aquél de la legalidad de excepción del derecho derogatorio al derecho intermitente. El paralelo no tiene más que una fachada teórica: ninguna regla formal no va a sancionar ese derecho en tiempo de guerra. La *necessitas* tiende a fundirse en la *utilitas publica*; no genera más un estado de excepción, propiamente dicho. Esta interpretación es confirmada por el empleo del adjetivo *magna* asociado a la *necessitas*. En el

100 P. Dubois, *De recuperatione Terre Sancte*, Olschki, Florencia, 1977, LXXVI, § 123, pp. 115-116. Traducción propia.

campo municipal, Petri Jacobi reconoce al director la facultad de mantener las obras públicas (muros, alcantarillado, puentes, vías) por el hecho de tener una utilidad común. La necesidad, ejercicio normal del poder público, no tiene aquí ninguna connotación excepcional. Por el contrario, en caso de aproximación del enemigo o de riesgo de encierro inmediato, la ciudad está en situación de *magna necessitas* y sus magistrados pueden ordenar una restauración completa de todos los edificios de defensa, pues *necessitas non habet legem*¹⁰¹. Esto supone recursos excepcionales y, por tanto, la creación de impuestos. Esto permite igualmente a los ediles municipales efectuar cortes de árboles para levantar murallas, a fin de responder a la *imminens necessitas*¹⁰². La *necessitas* engendra de nuevo poderes excepcionales, pero es exigible desde ahora que sea *magna* o *imminens*. Asimismo, Petri Jacobi prevé varios medios de adquirir bienes que no pertenecen a la *universitas* en razón de su *communis utilitas* o de la *imminens necessitas*. La indemnización depende de las circunstancias: en situación de guerra o de seria amenaza, la autoridad está habilitada a hacerse con esos bienes autoritaria, discrecionalmente y sin indemnización, pues *tempore necessitatis omnia sunt communia*¹⁰³.

Para Juan de Salisbury, utilidad y necesidad estaban próximas, pero la *necessitas* estaba relacionada con el tema del respeto de la ley más que con las necesidades de la comunidad política. En los tres cuartos del siglo XIII, la *necessitas* es el detonante del estado de excepción, mientras que la *utilitas* no nos remite a las circunstancias excepcionales. Con Petri Jacobi, *necessitas* y *utilitas* se aproximan de nuevo: testimonio de la afirmación del derecho público, no es más imperativo invocar la gravedad de las circunstancias para que el poder reivindique misiones particulares, justificadas por el bien común. Por tanto, la *necessitas* excepcional no desaparece: es desplazada a causa de la extensión de las prerrogativas del Estado medieval. Esas distinciones difieren según los autores en la teoría, y de forma más neta en la práctica, pero la necesidad no es definida de manera precisa en el Derecho contemporáneo.

2.2 La evidencia: criterio de la necesidad excepcional

No es sólo hoy que el estado de excepción no se deja encapsular en una pluralidad de definiciones estables donde la previsión es brindar una seguridad jurídica. Esto se explica,

101P. Jacobi, *Practica aurea libellorum*, 1575, párr. 40, Rúbrica LXV, 1, p. 293.

102Ibid., LXV, 9 y 10, pp. 294-295.

103Ibid., LXV, 9, p. 294.

después de la Edad Media, por el criterio que propulsa lo normal en la excepción, la evidencia y su límite (final de la evidencia) cuyo contenido está en la máxima *cessante causa*.

Pasar de los límites jurídicos asignados a un poder no puede quedar indiferente: se entrevé siempre el abuso o la tiranía. La justificación consiste en separar lo más que se pueda la acción de la manifestación de voluntad del gobernante. Para ser aceptable y no tiránico, la medida debe aparecer como exterior a aquél que la toma. Hay que desvestir la medida de lo que simboliza el poder, a saber, el acto de pensamiento y el acto de voluntad. Para hacerlo, el medio utilizado es aquél del surgimiento, de la claridad, de la verdad, en resumen, de la evidencia. *Evidens* se traduce por evidente o manifiesto. Formado con el verbo ver (*exvideo*), el adjetivo hace una llamada a la sensación (no al razonamiento), a la inmediatez (no a la deliberación mediata y más lenta), a la universalidad (todo hombre ve). Inmediata y universal, esta sensación se aproxima a una verdadera ley física que se le observa, en el doble sentido de conformarse y mirar. *Evidens* es un sinónimo de «digno de fe». La *ratio*, la *utilitas publica* o la *necessitas* normal son lógicas que hacen alusión al entendimiento, el cual es susceptible de deliberación, de intercambio de argumentos. Este intento por el *evidens* hace pasar el intelecto a segundo plano para poner en primer lugar un acto de fe: creer sin ver, aceptar obligaciones sin que sus causas puedan ser aprobadas por la razón en la evidente necesidad es de una naturaleza intrínsecamente diferente de la necesidad, lo que explica las implicaciones jurídicas radicalmente diferentes.

Pierre Dubois es consciente de que las ayudas exigidas de las iglesias y de los eclesiásticos van contra el *ius commune cononicum et civile*. Es porque su creación supone un *ius speciale* fundado sobre la «necesidad manifiesta de defensa». Toda necesidad es discutible, sujeta a la apreciación pero dotada de la fuerza irresistible de la evidencia, ella se sitúa a la altura de un derecho especial que permite dejar de lado el derecho normal. La idea subyacente es que la evidente necesidad está sujeta a la regla, incluso si se impone inmediatamente. Para Santo Tomás, no se debe cambiar la ley humana «a menos que la ventaja aportada al bien común contrapesa el error producto de ese hecho». La excepción es admitida si y solamente si una «grande y manifiesta utilidad, ya porque el cambio se hace sumamente necesario debido a que la ley vigente entraña una clara iniquidad o su observancia resulta muy perjudicial»¹⁰⁴. Tomás, como varios legalistas y canonistas, toma aquí a Ulpiano. Cuando el emperador hace una ley

104S. T. de Aquino, op. cit., t. II, cuestión 97, art. 2, p. 757.

nueva, el rey medieval no dispone de poder normativo; es menester que él entre en la esfera de la excepción para apropiarse de ello: la evidente necesidad es el medio. Sin embargo, la palabra no es indispensable para que estemos en presencia del concepto. Ciertos autores mencionan la inminencia del peligro; otros, un peligro manifiesto; unos terceros todavía una *summa necessitas*.

Si la evidencia procede de la universalidad y de la inmediatez para la utilización de un régimen jurídico derogatorio, ese régimen no debe durar. De ahí nace la dificultad de delimitar el fin del régimen excepcional: los medievales utilizaban para ello la máxima *cessante causa, cessat effectus* (cuando cesa la causa, cesa el efecto). Salida de la física de Aristóteles, la máxima es retomada en un sentido particularmente distinto. Conciben un estado primitivo del hombre (estado de inocencia), y luego un antes y un después del pecado original. Este acontecimiento fundamental introduce la idea de que un hecho exterior ha venido a perturbar el antiguo orden.

Es así que se puede comprender el empleo de la máxima *cessante causa* para Santo Tomás. Hace referencia a una circunstancia exterior que ha perturbado un orden determinado y estable. Sugiere que si los hombres no repiten el pecado original, la parte de desigualdad que resulta de esa falta desaparecerá igualmente. Así mismo, podemos pensar que si la amenaza sobre la comunidad política desapareciera, las medidas a tomar para la salvaguardia no tendrían objeto. La relación de causa-efecto no es más de naturaleza ontológica, como para Aristóteles, sino integrante de la noción de tiempo. La máxima puede entonces ser leída de forma jurídica, como un acontecimiento que perturba un orden (equilibrio) inicial, el cual puede ser establecido por medidas idóneas. A partir del siglo XII, canonistas y glosadores se esfuerzan por extraer las consecuencias jurídicas.

Para Pierre Dubois, en caso de *evidens necessitas defensoris*, el rey puede requisar los bienes de las iglesias y de los eclesiásticos, si sus propios bienes son insuficientes. «Pero supongamos que para esta defensa 100.000 marcos de plata eran suficientes y que el rey había recaudado 200.000, ¿puede hacerlo sin cometer pecado mortal? Es convenido que no. Pues, como los conocimientos son unánimes y lo dicen, *cessante causa cessat effectus*»¹⁰⁵. La cantidad que exceda debe ser restituida cuando la amenaza desaparece, si no el rey cometería un robo¹⁰⁶.

¹⁰⁵P. Dubois, op. cit., LXXXVII, § 124, p. 116.

¹⁰⁶Como Santo Tomás de Aquino, Pierre califica el abuso en términos de pecado. Ibíd., LXXVIII, § 124, pp. 117-

Pero produce otro efecto donde la causa no remite a un acontecimiento preciso (amenaza, peligro), sino a una regla de justa proporción. La causa es justa si el rey recauda lo necesario para la defensa del reino: más allá desaparece, aún cuando la amenaza quede. Pierre Dubois se esfuerza en delimitar la noción de causa, a fin de impugnar un posible abuso pero también para promover el *ius* de necesidad. Se sabe que es difícil para un rey y sus consejeros «juzgar exactamente lo que es necesario [...] según una proporcionalidad geométrica correcta y no aritmética»¹⁰⁷. Para incorporar la *necessitas* en el derecho, las medidas excepcionales deben responder a los mismos imperativos de justicia que aquéllas de los tiempos normales. Ahora bien, esos imperativos se miden en términos de proporción, conforme a la concepción aristotélica: la elección justa es aquélla del punto medio geométrico y no aritmético. La necesidad así aureolada del principio de proporcionalidad no podría impresionar: es verdad que el abuso es un pecado mortal, pero la falta es también una sustracción a la justicia. La lógica de defensa del reino se apoya sobre la misma validez que el derecho de las circunstancias normales. Para Pierre Dubois, la *ratio regni* responde a una lógica de justicia perfectamente legítima y ancestral que incumbe al rey.

A partir de los siglos XII y XIII, la máxima *cessante causa* se aplica regularmente sobre el terreno jurídico en relación con la necesidad¹⁰⁸, la cual no es siempre excepcional. Tiene pues un campo de aplicación más grande que aquél del estado de excepción. Sin que la comunidad esté en peligro, una necesidad normal puede cesar y las medidas necesarias con ella. Lo esencial es que esta fórmula supone la extensión automática de los efectos jurídicos particulares cuando el acontecimiento que los ha producido desaparece. Encuentra, sin embargo, un terreno de elección casi natural en el estado de excepción porque, precisamente, el régimen jurídico especial es generado directamente por circunstancias que no tienen intención de ser duraderas. Durante su reinado (1285-1314), Felipe El Hermoso y sus «legistas»¹⁰⁹ hicieron referencia frecuentemente a esta máxima. Sin embargo, su invocación es ambigua. Para las recaudaciones especiales, permite creer en la buena fe del monarca que invoca la necesidad, pero ofrece igualmente armas a los contribuyentes, autorizándolos implícitamente a apoyarse en la

118.

107Ibid., pp. 117-118.

108Petri Jacobi modifica la máxima: «*Si princeps non habet guerram, et sic quia tributum est propter guerram, non debet praestari: quia cessante guerram debet cessare effectus*» (*Practica aurea libellorum*, LXV, 11, p. 295).

109Felipe IV se rodea de consejeros imbuidos del derecho romano, puesto al servicio de la corona, que en muchos casos han pasado por las facultades de derecho de las universidades: los «legistas».

máxima para dejar de pagar o pedir la restitución del plus percibido¹¹⁰: la necesidad puede dejar de ser sentida como evidente. Otra implicación capital: admitir la posibilidad de no pagar más el impuesto cuando cesa la evidente necesidad implica que ésta puede ser apreciada no por el monarca sino por los contribuyentes. Habría una transferencia de la capacidad de decisión, en términos modernos, desplazamiento de la «soberanía constituida» de uno hacia los otros. Esta dificultad no es más que aparente: la evidencia, por su naturaleza, aparta la medida de la voluntad del rey, como lo hace del rechazo de los contribuyentes. Asimismo, si el monarca no usa una prerrogativa requiriendo el impuesto excepcional y si la necesidad es evidente, los contribuyentes no disponen de la competencia para rechazarlo. La evidencia, así como su fin, son de otra naturaleza.

¹¹⁰Ver los ejemplos aportados por E. Brown, *Cessante causa and the taxes of the last Capetians: the political application of a philosophical maxim*, Studia Gratiana, Roma, 1972, p. 576.

CAPÍTULO III

LA TEORÍA DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN EN LA ÉPOCA MODERNA

1. El nuevo espacio de la teoría del estado de excepción

Para seguir aquí la evolución del punto de tensión entre respeto de las normas y salvaguarda del Estado en situación de crisis, el análisis de las teorías políticas y jurídicas es indispensable, pues el tema del estado de excepción es una justificación de la cual el Derecho no puede verdaderamente dar cuenta. Pese a que sea imposible jerarquizar el aporte de varios autores modernos, los más antiguos y grandes pensadores del poder y del Estado también han innovado en este campo de la excepción. Esta tensión se refleja en tres momentos del pensamiento del siglo XVI: Nicolás Maquiavelo, que invierte la problemática medieval de lo excepcional; Bodin, quien plantea las bases de la reflexión moderna sobre el Estado y contribuye a la redefinición del estado de excepción; las consecuencias inducidas por la Reforma. Entre *El príncipe* (1513), el nacimiento de la Reforma (1517), *Los seis libros de la República* (1576) y las guerras religiosas (1562-1598) es difícil determinar la fecha de despliegue de las concepciones, pero una nueva era se abre en este siglo.

Completando esta visión retrospectiva del estado de excepción en la Edad Moderna, Hobbes, ya en el ecuador del siglo XVII, nos ha de legar una composición distinta al hacernos conocer su pensamiento en torno a la función del Estado¹¹¹.

En parte de la Edad Moderna nos deslumbrará el Renacimiento, empero por otro lado, no podemos cerrar los ojos ante las durísimas condiciones de vida presentadas. Carlos Marx en *El Capital* se explaya a este respecto al aseverar: «Los contingentes expulsados de sus tierras al disolverse las huestes feudales y ser expropiados a empellones y por la fuerza de lo que poseían, formaban un proletariado libre y privado de medios de existencia, que no podía ser absorbido por las manufacturas con la misma rapidez con que se les arrojaba al arroyo. Por otra parte, estos seres que de repente se veían lanzados fuera de su órbita acostumbrada de vida, no podían adaptarse con la misma celeridad a la disciplina de su nuevo Estado. Y así, una masa de ellos fueron convirtiéndose en mendigos, salteadores y vagabundos; algunos por inclinación, pero los más, obligados por las circunstancias. De aquí que, a fines del siglo XV y durante todo el XVI, se dictasen en toda Europa occidental una serie de leyes persiguiendo a sangre y fuego el vagabundaje. De este modo, los padres de la clase obrera moderna empezaron viéndose

¹¹¹T. Hobbes, *Del ciudadano y Leviatán*, estudio preliminar y antología de E. Tierno Galván, trad. de E. Tierno Galván y M. Sánchez Sarto, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1993, parte II, cap. XVII, pp. 143-147.

castigados por algo de que ellos mismos eran víctimas, por verse reducidos a vagabundos y mendigos. La legislación los trataba como a delincuentes “voluntarios”, como si dependiese de su buena voluntad el continuar trabajando en las viejas condiciones, ya abolidas». Esta severa legislación comenzó en Inglaterra con Enrique VIII en 1530, en torno a la cual añade: «Los mendigos viejos e incapacitados para el trabajo deberán proveerse de licencia para mendigar. Para los vagabundos jóvenes y fuertes, azotes y reclusión. Se les atará a la parte trasera de un carro y se les azotará hasta que la sangre mane de su cuerpo, devolviéndolos luego, bajo juramento, a su pueblo natal o al sitio en que hayan residido durante los últimos tres años, para que “se pongan a trabajar” (*to put himself to labour*)». Y como si esto fuera poco, en el año 27 de su reinado –sigue afirmando Marx– «reitera el estatuto anterior, pero con nuevas adiciones, que lo hacen todavía más riguroso. En caso de reincidencia y vagabundaje, deberá azotarse de nuevo al culpable y cortarle media oreja: a la tercera vez que se le sorprenda se le ahorcará como criminal peligroso y enemigo de la sociedad».

En este mismo trabajo de nuestro autor, él precisa del reinado de Jacobo I (rey de Inglaterra): «Todo el que no tenga empleo fijo y se dedique a mendigar es declarado vagabundo. Los jueces de paz de las Petty Sessions quedan autorizados a mandarlos azotar en público y a recluirlos en la cárcel, a la primera vez que se les sorprenda por seis meses, a la segunda vez por dos años. Durante su permanencia en la cárcel, podrán ser azotados tantas veces y en tanta cantidad como los jueces de paz crean conveniente... Los vagabundos peligrosos e incorregibles deberán ser marcados a fuego con una R en el hombro izquierdo y sujetos a trabajos forzados; y si se les sorprende nuevamente mendigando, serán ahorcados sin misericordia. Estos preceptos, que conservan su fuerza legal hasta los primeros años del siglo XVIII, sólo fueron derogados por la 12 Ana c. 23»¹¹².

1.1 Maquiavelo y la inversión de la relación entre lo «normal» y lo «excepcional»

Pablo Lucas Verdú sostiene en España: «Siempre me ha apasionado la lectura de Maquiavelo. He encontrado en él la esencia desnuda de la politicidad y me ha preocupado mucho desmitificar el hipócrita clima de opinión en torno a su persona y obra tan extendido en nuestro país. Secuela de nuestra crónica intoxicación de absolutismo moral»¹¹³. Este mismo

112C. Marx, op. cit., t. I, Libro I, Cap. XXIV, pp. 624-627.

113P. Lucas Verdú, op. cit., p. 275.

pensamiento de Maquiavelo tendrá una influencia importante en las teorías del derecho público y del Estado; es esencial para el estado de excepción, que se sitúa siempre en la orilla de lo jurídico. Su aportación fundamental busca la inversión de la lógica medieval de lo «normal» y lo «excepcional». Maquiavelo introduce una antropología nueva que conduce a una defensa constante y a una redefinición permanente y radical del bien común. En su condición de diplomático al servicio de Lorenzo el Magnífico conoció *ab intra* las cortes europeas de la época y el papado, lo que le posibilitó una aventajada visión de la realidad política, de los mecanismos del gobierno de los Estados nacientes.

De Aristóteles a Tomás de Aquino, la sociabilidad es juzgada natural, la vida en sociedad deseable y tranquila. Así, el hombre puede alcanzar su plena humanidad: es normal que la sociedad esté en paz y tienda hacia su perfección, el bien común. El peligro que amenaza su existencia es excepcional (resulta de una alteración) y extrínseca (la disfunción proviene del exterior: agresión, sedición, vicio en la ciudad). La antropología maquiavélica invierte estos presupuestos. Para el diplomático, de quien se afirma que «pocos pensadores han logrado describir la fenomenología política de su tiempo y captar tan sutilmente la dinámica del poder»¹¹⁴, «el mundo siempre ha estado habitado por hombres que siempre han manifestado las mismas pasiones, y siempre ha existido quien manda y quien obedece, y servidores que sirven a gusto y a disgusto, y gente que se subleva y es reprimida»¹¹⁵. La ciudad es un lugar irreductible de conflictos y el Príncipe debe suponer la existencia de hombres delincuentes. La defensa, hasta entonces excepción, se vuelve normal y estimula la acción de cada uno.

Para Maquiavelo, el hombre está sometido a dos pasiones: adquirir y conservar. Éstas «pueden ser causas de las más grandes conmociones» pues «el temor de perder provoca movimientos tan fuertes como el deseo de adquirir», de tal manera que por prevención el hombre adquiere de nuevo y sus nuevas adquisiciones son consideradas como medios de fuerza y de poder para abusar. La sociedad es un agregado de hombres cuyos deseos son idénticos pero incompatibles. Para conservar lo que poseen, buscan adquisiciones nuevas que provocan totalmente el conflicto entre rivales. Cada uno desea conservar y adquirir, y todo esto se resume en que «los hombres estiman más las riquezas que los honores»¹¹⁶. Su discordia engendra

¹¹⁴Ibid., p. 277.

¹¹⁵N. Maquiavelo, op. cit., cap. I, 4, pp. 21-22.

¹¹⁶N. Maquiavelo, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, trad. de A. Martínez Arancón, 1ª reimp. en El Libro de Bolsillo, Alianza, Madrid, 1996, Libro primero, 37, p. 123.

problemas y amenaza la satisfacción de sus deseos. Así, los hombres quieren vivir en paz, «el pueblo no desea ser dominado ni oprimido por los grandes»¹¹⁷. Concretamente, «siempre que al conjunto de los hombres no se les arrebatan ni bienes ni honor, viven contentos y solo se ha de luchar con la ambición de unos pocos»¹¹⁸. Esta descripción de la naturaleza humana conduce a una relación al bien. El florentino es fiel a la idea de que en la convivencia de los hombres «las leyes los hacen buenos. Y cuando una cosa marcha bien por sí misma no es necesaria la ley, pero en cuanto desaparece esa buena costumbre, la ley se hace necesaria con urgencia»¹¹⁹. Si de algo no pecó Maquiavelo fue de ingenuo; en su radiografía de la especie humana conocía la trágica contradicción que está omnipresente en nuestra conducta, desempeño dentro de una sociedad. Tal vez resulte desgarrador, insultante y hasta exagerado el pesimismo que no faltó a la hora de enjuiciarnos. Sabía él que administrar un Estado entraña que, más que circunscribirse a aplicar fórmulas estrictamente éticas, no se podía prescindir del pragmatismo necesario. No sin acierto reconoce que «como demuestran todos los que han meditado sobre la vida política y los ejemplos de que está llena la historia, es necesario que quien dispone una república y ordena sus leyes presuponga que todos los hombres son malos, y que pondrán en práctica sus perversas ideas siempre que se les presente la ocasión de hacerlo libremente; y aunque alguna maldad permanezca oculta por un tiempo, por provenir de alguna causa escondida que, por no tener experiencia anterior, no se percibe, siempre la pone al descubierto el tiempo, al que llaman padre de toda la verdad»¹²⁰. La desconfianza y el recelo siempre deben prevalecer. En relación al *ordo* medieval que tiene vocación a la inmutabilidad, el mundo maquiavélico es aquél donde hay una amenaza perpetua. El conflicto deroga el *ordo* normal en la Edad Media. Para Maquiavelo, hay una amenaza permanente. Mientras que, para los medievales, las circunstancias excepcionales provocan una concurrencia entre respeto a las reglas normales y el imperativo de conservación, Maquiavelo, presumiendo el conflicto permanente, aniquila la alternativa: una sola norma resta, aquella que consiste en preservar. La vida, la conservación de la comunidad están por encima de todo, no importando los medios a utilizarse con tal de mantenerla, «pues en las deliberaciones en que está en juego la salvación de la patria, no se debe guardar ninguna consideración a lo justo o lo injusto, lo piadoso o lo cruel, lo laudable o lo vergonzoso, sino que, dejando de lado cualquier otro respeto, se ha de seguir aquel camino que salve la vida de la patria y mantenga su

117N. Maquiavelo, *El Príncipe*, 9ª reimp., Alianza, Salamanca, 2006, IX, p. 72.

118Ibíd., p. 107.

119N. Maquiavelo, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, op. cit., Libro primero, cap. 3, p. 38.

120Ibíd., Libro primero, cap. 3, p. 37.

libertad»¹²¹, aconseja Maquiavelo. Objetivo fundamental: no podría haber derogación en caso de peligro, puesto que es perpetua. En cuanto a la legalidad de los imperativos, respecto de la norma que se jerarquiza en el período de peligro, desaparece, pues no podría haber contradicción entre esos dos imperativos. En cuanto a la *necessitas*, concepto central en la Edad Media, toma un sentido bastante diferente.

La palabra *necessitas* es retomada bajo la pluma de Maquiavelo, quien la emplea raramente en su acepción de necesidad excepcional. Es tema de uno de los capítulos de *Discursos sobre la primera década de Tito Livio* consagrado a las conjuras¹²² donde la necesidad impone matar un príncipe o un conjurado antes que ellos lo hagan¹²³. Es igualmente considerado como útil para favorecer la eficacia de las tropas, quienes obligadas por la urgencia del peligro serán más fieras. Maquiavelo señala que cuanta más ventaja sacan los hombres de la necesidad, más opciones gloriosas van a ser originadas; los antiguos jefes de armada conocían el imperio de esta necesidad y cuánto ella volvía a sus soldados determinados para combatir y hacía que no descuidasen ningún medio para que los acorralasen. Aquél que desea que una ciudad haga una defensa rigurosa debe pues insuflar en el corazón de sus soldados el sentimiento imperioso de una necesidad. La necesidad no remite aquí a la salvaguarda de una comunidad: estimula el reflejo natural de preservar su vida. El soldado apremiado por la necesidad de luchar por Roma, defiende menos Roma que su propia vida. De otra parte, si resulta de un surgimiento espontáneo del soldado, la necesidad es utilizada por el general racionalmente y de forma calculada, como un medio. La necesidad extrema sale del horizonte comunitario para pertenecer sólo al instinto de conservación de cada uno. La comunidad política no es más que un cuerpo que, a imagen del cuerpo humano, actuaría espontáneamente para defenderse. Decir que ella no tendría necesidad de conservarse, ¿es erróneo? Eso no es lo que piensa Maquiavelo, pero la necesidad cesa de ser excepcional y derogatoria: ella es colocada en el campo de la normalidad.

Esto se explica, en primer lugar, porque el *ordo* no es inmutable e inmanente, pero está sometido a un movimiento perpetuo que ignora la demarcación entre lo normal y lo excepcional¹²⁴. La noción de incidente imprevisto perturbando el orden medieval se vuelve regla

121Ibid., Libro tercero, cap. 41, p. 411.

122Ibid., Libro tercero, cap. 6, pp. 301-326.

123«Las amenazas resultan más peligrosas para los príncipes que las ofensas, y que un príncipe debe guardarse de ellas: porque a los hombres o se les halaga o se les elimina, pero nunca se les debe poner en situación de que piensen que es preciso o morir o matar a otro» (ibid., Libro tercero, cap. 6, p. 314).

124«Pero como las cosas de los hombres están siempre en movimiento y no pueden permanecer estables, es preciso

de funcionamiento perpetua¹²⁵. Este orden fijo que se podía descubrir, en parte al menos, por la razón, escapa desde ahora y se vuelve inestable. La razón no es más el criterio de apreciación de las cosas de lo político: cara a la inestabilidad, la necesidad sustituye a la razón. La razón tomista no desaparece, sino que su campo está severamente limitado; es reenviado a la conciencia de cada uno. La política deviene en un ideal, no en una ilusión. La necesidad adquiere pues el estatuto nuevo de regla de determinación en el dominio político; no es más la necesidad que no tiene forma de ley sino la necesidad que es ley.

En segundo lugar, en los principados, la necesidad conduce a una ruptura en la lógica de la defensa, simple prolongamiento de la antropología maquiavélica. En la Edad Media, la defensa estaba encuadrada por reglas de la guerra justa. Inclusive si ellas se suavizaban, era la legítima defensa que justificaba toda empresa beligerante. La necesidad del maquiavelismo borra la oposición entre patria y defensa, entre guerra justa e injusta: la guerra se vuelve necesaria o no puede ser ofensiva¹²⁶, pues la mejor defensa es seguir el ataque. Para la vida de un principado, la violencia está bastante lejos de ser juzgada según su carácter pecaminoso: no solamente es necesaria la defensa sino que es un modo de gobierno normal que impide la división y la apatía de los hombres. El dulzor y las virtudes cristianas recomendadas hasta entonces son consideradas como amenazas. Así, toda normatividad superior es rechazada del arte de gobierno, o es más bien la necesidad que se ha vuelto norma superior. Las virtudes cristianas pierden su estatuto de normas jurídicas (obligatorias en cuanto son justas y conformes al deseo divino) para colocarse en el campo de la ética. Maquiavelo excluye de lo jurídico el criterio de la justicia y abre la vía a aquéllos que retendrán la sanción efectiva como criterio del Derecho. Una puerta se abre a la distinción positivista de Derecho y Moral: si uno y otro deben guiar los comportamientos, la regla de la Moral no es más que una recomendación no sancionada por una autoridad sino hasta el día del juicio final.

subir o bajar, y la necesidad nos lleva a muchas cosas que no hubiéramos alcanzado por la razón, de modo que, si una república está organizada de forma apta para mantenerse, pero sin ampliación, y la necesidad la obliga a extenderse, enseguida temblarán sus cimientos y la harán desplomarse en ruinas. Y además, si el cielo le fuese tan benigno que la librase de la guerra, esto haría nacer el ocio, que la volvería afeminada o dividida, cosas que, juntas o por separado, serían causa de su ruina» (ibíd., Libro tercero, cap. 6, p. 48).

125Maquiavelo se siente convencido de que «un hombre que quiera hacer en todos los puntos profesión de bueno labrará necesariamente su ruina entre tantos que no lo son. Por todo ello es necesario a un príncipe, si se quiere mantener, que aprenda a poder ser no bueno y a usar o no usar esta capacidad en función de la necesidad» (N. Maquiavelo, *El Príncipe*, op. cit., XV, p. 95).

126Maquiavelo cita a Claudio Poncio en Livio - Libro IX, 1: «Justa es la guerra cuando es necesaria, y piadosas las armas de quienes no tienen otra esperanza que ellas» (N. Maquiavelo, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, op. cit., Libro tercero, 12, p. 341).

En tercer lugar, la elevación de la necesidad al rango de regla permanente de gobierno es fundada sobre la conservación. ¿Pero qué hay que conservar? La respuesta es difícil. A menudo, Maquiavelo habla de gobernar y conservar el principado¹²⁷. Palabra polisémica, *estado* puede significar la posición en el sentido de reputación o de prestigio, la dominación sobre un territorio, el dominio o territorio, la política o los negocios en el sentido de la ciencia política, en fin, el Estado en el sentido de entidad distinta de la persona del príncipe. Maquiavelo pone énfasis en cómo un príncipe nuevo, con respecto a otro antiguo o hereditario, debe conducirse para mantener su Estado¹²⁸. Si «estado» hubiera significado únicamente Estado, se habría salido totalmente del cuadro estrecho del estado de excepción, pues el príncipe, sujeto a la única necesidad de conservar su Estado, habría sido informado en permanencia de todas las reglas a las cuales hubiera estado sometido en el medioevo. Más que límites jurídicos al poder del príncipe, su legitimidad no sería examinada más que a través de la lógica política del éxito o del fracaso. Naturalmente, el príncipe se esforzará en conseguir, sin usar sistemáticamente la violencia ni ignorar los preceptos de las leyes divinas y naturales, sino en la pura cuestión de habilidad. «Un organizador prudente, que vela por el bien común sin pensar en sí mismo, que no se preocupe de sus herederos sino de la patria común, debe ingeniárselas para ser el único que detente la autoridad, y jamás el que entienda de estas cosas le reprochará cualquier acción que emprenda, por extraordinaria que sea, para organizar un reino o constituir una república. Sucede que, aunque le acusan los hechos, le excusan los resultados, y cuando éstos sean buenos, como en el caso de Rómulo, siempre le excusarán, porque se debe reprender al que es violento para estropear, no al que lo es para componer»¹²⁹. El criterio de legitimidad no es aquél de la justicia (reglas ordinarias), sino la oportunidad, mejor, el éxito (perennidad) contra el fracaso (ruina).

Cualquiera que sea la concepción maquiavélica de la necesidad, ésta se encuentra en el corazón del divorcio entre política y ética, entre arte de gobierno y moral, no perjudica a lo jurídico sino que da indirectamente un golpe a la concepción medieval del Derecho. Maquiavelo brinda todos los medios políticos al príncipe para conservar el *stato*, en desprecio de las reglas jurídicas (que devienen en éticas para los positivistas). La vía está abierta a aquéllos que conceden todos los medios jurídicos para preservar el Estado, en desprecio de las reglas

127N. Maquiavelo, *El Príncipe*, op. cit., II, p. 38.

128Ibid., XXIV, p. 132.

129N. Maquiavelo, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, op. cit., Libro primero, 9, p. 57. En el mismo sentido: «Debéis, pues, saber que existen dos formas de combatir: la una con las leyes, la otra con la fuerza. La primera es propia del hombre; la segunda, de las bestias; pero como la primera muchas veces no basta, conviene recurrir a la segunda» (N. Maquiavelo, *El Príncipe*, op. cit., XVIII, p. 103).

concebidas conforme a la justicia. Se entra en un período donde la concepción del Derecho es doble: de un lado, un Derecho fundado sobre la conservación del Estado (la ley moderna unilateral, positiva, querida por el soberano); del otro, un Derecho fundado sobre la justicia (conforme a la razón y al deseo divino). Bodin no considerará al soberano como liberado del respeto del Derecho, en su versión tomista. Sin fundar los conceptos del Estado y de la soberanía modernos, o de la monarquía absoluta, el pensamiento de Maquiavelo despeja este horizonte. El estado de excepción es desde ahora así concebido: en caso de amenaza para el principado, el gobernante no podría violar las reglas positivas (ningún lugar para la derogación o violación) porque corre el riesgo de infringir las leyes divinas y naturales (tensión entre salvaguarda del Estado y respeto de las normas). La invocación del peligro toma otra dirección, la de la justificación política de ciertas medidas excepcionales; se trata aquí de la manifestación de la prudencia del monarca independientemente de la validez de las medidas.

En sustancia, el autor de tan revolucionarias ideas expuestas hasta aquí desvela descarnadamente los mecanismos del poder, de cómo el estado de excepción debe conservar la gran comunidad política (Estado): coacción más organización del consentimiento. La legitimación del poder es eminentemente laica, no vendrá dada por consideraciones religiosas, éticas o basada en los principios del derecho natural: es lisa y llanamente el poder por el poder. A lo largo de toda la Edad Media, la cultura occidental, dominada por la escolástica, redujo el papel de las ciencias naturales o físicas a simples enumeraciones sistemáticas de fenómenos y el hecho social fue considerado como una realidad dependiente de la tesis providencialista: «La sociedad que existe es la que la providencia quiere que exista»; Maquiavelo, ya fuera del medioevo, supo sustraerse de esta concepción del mundo que aún en su época pervivía.

El bien común medieval, concebido en el prolongamiento del deseo divino, se inscribía naturalmente y las leyes positivas tenían por función ponerlos en uso. Este orden lógico daba un valor al cual estaba sujeto el príncipe. En situación de peligro, el rey debía alejarse del Derecho positivo con el fin de obedecer al bien común. Piensa el florentino, contrariamente, que cada uno persigue su interés para satisfacer sus deseos. El príncipe, los grandes y el pueblo pueden tener intereses divergentes: la armonía medieval en la cual cada uno en su lugar contribuía al bien de todos es rota. Sin embargo, los intereses contradictorios no son nada perjudiciales al bien

colectivo. Aunque sabe que «en todas las repúblicas hay magnates y pueblo»¹³⁰, el príncipe no debe descansar en intentar alcanzar la unidad del Estado. El conflicto fatal es la mejor manera de neutralizar las ambiciones antagónicas: así nace la estabilidad relativa –no armoniosa– del principado. Esta estabilidad resultante de una sucesión de conflictos conduce a preservar la independencia cara al exterior. En el interior hay una seguridad garantizada, un gozo pacífico de los bienes, un acceso a los honores y la riqueza. El bien común del maquiavelismo reside en esas diferentes garantías. Los intereses no cesan de ser egoístas pero su neutralización permite un equilibrio precario de naturaleza a contentar tanto a los grandes como al pueblo. La ambición no es sólo alcanzar una armonía concebida con Dios sino de preservar su vida, sus bienes y sus honores. Se encuentran aquí las premisas del futuro Estado moderno en su versión liberal¹³¹ donde el objetivo no es la virtud de la salud de los hombres, sino la garantía de su seguridad y de su propiedad. Con Maquiavelo, la precariedad de la vida y la falta de garantía de la propiedad están en el orden natural de las cosas: no es más el peligro que es excepcional, sino la calma. Por otro lado, el bien común no es más un valor relacionado con la justicia y el Derecho. Queda la finalidad perseguida en la edición de leyes positivas, pero sin relación directa con las leyes divinas y naturales. Es la gestión equilibrada de los conflictos que hay que ambicionar. De nuevo se asiste al divorcio entre Derecho y Justicia: las leyes tienen por objetivo preservar la vida y los bienes, no podría haber contradicción entre peligro y período de calma. La ley de los tiempos pacíficos neutraliza una discordia natural equilibrando las fuerzas en presencia; la ley de los tiempos de peligro pone igualmente fin a un conflicto interno o externo inhabitualmente exacerbado, pero no excepcional. Lo excepcional medieval entra en la norma, reduciendo el bien común a un objetivo menos ambicioso, la estabilidad (paz para todos y disfrute de sus riquezas para cada uno). El cordón umbilical entre bien común y bien universal divino está roto.

En definitiva, el modelo maquiavélico destruye los fundamentos medievales del estado de excepción. Maquiavelo no es jurista, es más un precursor de las futuras teorías de la razón de Estado y autor de nuevas justificaciones del estado de excepción, pero aún así él abre la vía¹³².

130N. Maquiavelo, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, op. cit., Libro primero, 5, p. 41.

131En la introducción de *Sobre la República* (M. T. Cicerón, *Sobre la República*, Ed. Gredos, Madrid, 1991), Álvaro d' Ors apunta: «El “Estado” propiamente dicho es algo que sólo existe desde el siglo XVI y que presenta una teoría y una realidad práctica muy concretas y diferenciadas. Aunque el término mismo fue introducido ya por Maquiavelo –“lo Stato”–, en realidad, sólo hay verdadero Estado a partir de la teorización por Bodin de la soberanía como sumo poder organizado e institucionalizado. Aunque ese nuevo Estado de la época moderna viniera a cumplir las funciones de las antiguas monarquías o de otras formas de gobierno social, esa analogía no justifica el anacronismo de hablar, por ejemplo, de “Estado romano”, “Estado faraónico” o “Estado medieval”».

132«Nicolás Maquiavelo utilizó el método empírico, concreto y realista para captar el acontecer político coetáneo de

Para que ese paso sea dado, el marco jurídico sistemático de Bodin y la gestión estatal de las guerras religiosas serán etapas decisivas.

1.2 Bodin y la teoría del estado de excepción

Las lecturas jurídicas de Bodin pueden ser reducidas a dos. Una, más publicista que histórica, pone el acento sobre la actualidad de los conceptos puestos a la luz a finales del siglo XVI, particularmente el monopolio estatal de la edición del Derecho positivo. La otra, más histórica, mucho menos publicista, analiza este pensamiento en su contexto todavía impregnado de la convicción de que las leyes divinas y naturales se imponen. Esta segunda forma de pensar permite medir el aporte del intelectual en el estado de excepción. En la primera lectura, el soberano dispone del monopolio de la edición y de la abrogación de la ley positiva pues, cualquiera que sean las circunstancias, no le es rechazado ningún medio para salvar la república. Ningún peligro hace nacer una tensión entre el respeto de las normas limitativas del poder (del hecho de su inexistencia) y conservación del Estado. Pero dirigir un proceso carente de teoría de estado de excepción es un poco corto pues Bodin hace referencia a la urgencia e imperiosa necesidad de forma muy explícita. En la segunda lectura, el soberano, único autor de la ley positiva, sigue igualmente sometido a las leyes naturales y divinas. Su poder no es jurídicamente limitado por un órgano del interior de la república, sino por la naturaleza y por Dios. Resulta que una tensión puede nacer con ocasión de un peligro apremiante. La dificultad consiste en saber si las leyes naturales y divinas son obligatorias. El positivista respondería con una negativa. Para Bodin, la salvaguarda de la república funda más allá de la conceptualización de la soberanía su preferencia por la monarquía real. La hipótesis de una concentración horizontal del poder en caso de necesidad es, en alguna suerte, anticipada por la elección del gobierno monárquico. La solución lógica a la extensión vertical del poder en caso de peligro conlleva una dificultad que será resuelta en beneficio de la ley positiva y en detrimento de las leyes divinas y naturales. Ese nuevo esquema conceptual es determinante.

manera ejemplar. Quiero decir que el poderoso intelecto del autor, su auténtica virtud creadora, sintetizó admirablemente con la índole de los acontecimientos y de los principales agentes políticos que le tocó describir y juzgar. Fue un hombre clásico desde el principio, aunque pasara casi inadvertido y sus contemporáneos le admirasen más como comediógrafo, como persona aguda e inteligente, historiador estimable y funcionario escrupuloso, que en cuanto pensador político. Sus consejos no fueron seguidos. Como se le temía se le apartó del poder. En definitiva, su fama y estimación, tanto positiva como negativa, son posteriores» (P. Lucas Verdú, op. cit., p. 278).

La ambición de Bodin no puede ser separada del contexto de las guerras religiosas. Inquieto por las luchas incesantes que se daban entre diferentes protagonistas, preocupado por la amenaza de la anarquía, impresionado por la masacre de Saint Barthélemy, Bodin comprende que es conveniente dar los medios teóricos y jurídicos con el objeto de defender un reino en peligro. Su preocupación por el orden explica sobremanera su preferencia por el gobierno monárquico. Según él, un centro de decisión único es el mejor medio de prevenir las disensiones y de remediarlas, es lo más eficaz para restablecer y mantener el orden público. La concentración del poder excepcional en la teoría del estado de excepción es un imperativo importante. A pesar de los desacuerdos profundos con Maquiavelo¹³³, retoma bajo su cuenta la idea de que «¿cómo puede un pueblo, es decir, un animal de muchas cabezas, sin entendimiento ni razón, aconsejar nada bueno? Pedir consejo al pueblo, como se hacía antiguamente en las repúblicas populares, significa tanto como pedir cordura al loco...»¹³⁴. Pero mientras el florentino veía una fatalidad, el angevino piensa en la disensión como un desarreglo del cuerpo: la necesidad retoma su lugar en el universo de lo excepcional. Sin embargo, los dos comparten la convicción de lo conveniente que resulta prevenir los problemas, a diferencia de los medievales, quienes autorizaban excepcionalmente el resolverlos. Finalmente, tres casos de figuras se diseñan. Para una mayoría de autores del final de la Edad Media, el lazo social es armonioso y natural, su preservación autoriza excepcionalmente la derogación de las normas. Para Maquiavelo, el lazo social es siempre problemático y es sobre esta antropología que debe ordenarse la sociedad política. Para Bodin, más que restablecer el orden en caso de crisis, conviene organizar el derecho político de manera que prevenga el desarreglo. Esto no significa que el conflicto sea fatal, sino que se hace menester prevenirlo permanentemente, y que el optimismo de los medievales es considerado con circunspección. Esta posición media se inscribe en una doble ruptura y en una doble recepción del florentino y del aquinate. Del primero, Bodin hereda el realismo (prevenir más bien que curar) y rechaza el medio (separación radical de la lógica política fríamente utilitaria y de las leyes divinas y naturales reenviadas al campo de lo ideal); «en pleno absolutismo, el pensador francés se esmera en conciliar derecho y política. Falta todavía mucho para que se configure un Estado de Derecho, pero a diferencia de Maquiavelo, obsesionado por el poder, y por su manejo eficaz, le preocupan las vertientes éticas»¹³⁵. Del segundo, rechaza el apriorismo optimista de una sociedad armoniosa pero hereda la convicción que la ley positiva no debe contradecir las leyes

133Ibid., prefacio, pp. 5-6.

134Ibid., VI, 4 supra, p. 282.

135P. Lucas Verdú y P. Lucas Murillo de la Cueva, *Manual de Derecho Político*, Tecnos, Madrid, 2005, p. 161.

divinas y naturales.

A fin de comprender la preferencia de Bodin por el gobierno monárquico, «debe diferenciarse claramente entre el Estado y el gobierno, regla política que nadie ha observado. El Estado puede constituirse en monarquía y, sin embargo, ser gobernado popularmente si el príncipe reparte las dignidades, magistraturas, oficios y recompensas igualmente entre todos, sin tomar en consideración la nobleza, las riquezas o la virtud. La monarquía estará gobernada aristocráticamente cuando el príncipe sólo dé las dignidades y beneficios a los nobles, a los más virtuosos o a los más ricos... Esta variedad de gobernar ha inducido a engaño a quienes confunden las repúblicas, sin advertir que el Estado de una república es cosa diferente de su gobierno y administración»¹³⁶. Bodin define la soberanía como un concepto absoluto y perpetuo, con su corolario, el monopolio de la edición del derecho positivo, para ofrecer un fundamento lógico al Estado. Pues orienta su elección de la monarquía real a partir de la idea de prevención de las conmociones pero también de conformidad a la naturaleza. Pero soberanía y monarquía no son más que elementos descriptivos (estáticos); la monarquía debe igualmente ejercer su poder equitativamente (dinámico). Aquí interviene la limitación para las leyes divinas y naturales. El concepto de soberanía a veces hace confundir la figura del príncipe con la del titular del poder soberano. En el vocabulario de la época, se encuentra frecuentemente la palabra *soberano* para designar la persona (física) del monarca. En realidad, hasta la revolución, el rey es efectivamente titular del poder soberano, pero la soberanía podría pertenecer perfectamente a un grupo o a una asamblea o a todos. En estos dos últimos casos, la pluralidad forma una sola persona jurídica, única y soberana. Hay que tener cuidado en pensar que la monarquía sea la sola forma posible de la soberanía, así fuere la que se recomienda.

La soberanía y su cortejo de atributos marcan el paroxismo del carácter imperativo de la existencia de la comunidad política. «La soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una república»¹³⁷. Haciendo la aproximación entre perpetuidad y absolutismo, Bodin da los medios intelectuales de concebir lo político en el cuadro estatal, alejando todo riesgo de estallido, cualesquiera sean las circunstancias. La perpetuidad señala la imperiosa necesidad del lazo político y Bodin rechaza la anarquía, siendo el Estado popular el peor de los modelos en el

136J. Bodin, op. cit., II, 2 supra, p. 94.

137Ibíd., I, 8, p. 47.

gobierno de los hombres¹³⁸. Esta idea, que parece evidente, es la resultante de una conjunción de la historia de las ideas y de los hechos. Santo Tomás, para quien la comunidad política es natural, la perpetuidad de la soberanía no sería apodíptica. La soberanía bodiniana ofrece un cimiento ontológico al poder que no es nuevo en el siglo XVI, pero es poderosamente confirmado aquí. Incluyendo la perpetuidad en la definición de la soberanía, Bodin coloca la salvaguardia del Estado en el corazón de todos sus desarrollos: está lejos de las concepciones que hacen del respeto de la justicia la condición del título real o de la pretensión pontifical del rey. Es verdad que entre tiempos, la corona y el rey han sido distinguidos y que la perpetuidad no se aplica a la persona real sino a la república. Queda que el concepto de perpetuidad ofrece al Estado un estatuto comparable inferior al de Dios. La eternidad es desde ahora concedida al Estado, que pensamos está hecho a la imagen de Dios. Teniendo vocación de perpetuidad, lógicamente, el Estado debe disponer de todos los medios para conservarse: es el fundamento de lo absoluto. Éste excluye toda limitación horizontal del poder pero no la delegación de poder: es en ese esquema que se inscribe la repartición de las funciones entre órganos del constitucionalismo moderno, donde la decisión estatal es absoluta pero donde los órganos que la elaboran pueden impedirse mutuamente. En el contexto del siglo XVI, Bodin prefiere la concentración del poder en las manos de un soberano que no podría estar impedido por órganos –tales como los Estados Generales en Francia–, susceptibles de limitar su margen de maniobra pues «la soberanía no es limitada, ni en poder, ni en responsabilidad, ni en tiempo»¹³⁹: no podría haber una pluralidad de soberanos.

Cuando Bodin analiza las diferentes formas de gobierno, centra su atención esencialmente en la salvaguarda de la república y en los medios de evitar las disensiones. Su predilección por el gobierno monárquico está fundada en la anticipación (prevención) de los peligros para el Estado¹⁴⁰, incluso si esa elección es confirmada por leyes divinas y naturales. En consideración al estado de excepción, habría pues tenido en cuenta permanentemente el peligro, y no un acondicionamiento de los poderes en casos de crisis. Bodin erige la conservación del Estado como objetivo supremo. Su pragmatismo es manifiesto en este examen de encontrar el medio más seguro para conservar el Estado: las metáforas naturalistas y las prescripciones divinas no están ausentes, por tanto, pero no figuran en el primer rango del orden de los

138Ibid., VI, 4, pp. 282-286.

139Ibid., I, 8, p. 49.

140Ibid., VI, 1, pp. 168-176.

argumentos decisivos. Los argumentos determinantes para rechazar la aristocracia son la unidad y la eficacia. Prosiguiendo con Bodin, éste emplea un claro argumento: prevé la hipótesis de «guerra peligrosa contra los enemigos o contra ellos mismos». En ese caso, ciertos actos no pueden ser efectuados más que por una sola persona, «como por ejemplo, manejar un arma»: así, es preciso establecer magistrados o comisarios a este fin, pero que no tienen el poder soberano de la majestad de un monarca.

La coexistencia de las dos teorías de la ley explica que algunos vean en Bodin un autor de transición que funda la soberanía y la ley modernas sin romper con la perspectiva naturalista clásica. Para él, el mundo es un orden natural en el cual: 1) Dios está en el vértice de la pirámide, 2) la naturaleza es su creación y 3) las repúblicas son entidades naturales; los tres están indisolublemente relacionados. Tanto en la historia de las ideas como de los hechos, el siglo XVI manifiesta una ruptura fundamental con la Edad Media y el Renacimiento, ruptura que ha sido calificada de «alejamiento de Dios»¹⁴¹. Este tema puede parecer extraño al estado de excepción, pero presenta dos objetivos determinantes para su estudio: la emergencia de una reflexión sobre la razón de Estado y la puesta de relieve de la distinción entre Estado y gobernante.

1.3 La Reforma y las nuevas problemáticas de la teoría del estado de excepción

Lutero (fallecido en 1546) y Calvino (fallecido en 1564) denunciaron la mediación de la iglesia entre lo humano y lo divino¹⁴². Cada Reforma puede obtener lo bueno sin que una institución (la iglesia y/o el Estado) intervenga. Finalmente, resulta que hay varias verdades: la de los protestantes y la de los católicos. El protestantismo va a alterar la idea de una continuidad, indirectamente, entre orden sobrenatural único y orden natural. Dios es, de alguna manera, reenviado al cielo en su esfera celestial, dejando a los hombres a su suerte aquí en la tierra. El orden terrestre encontrará un príncipe fuera de Dios, en la política. El Estado medieval era conforme a la voluntad de Dios, pero no estaba a la cabeza de la jerarquía como Él. Con la Reforma, el orden de los fines terrestres se libera de la tutela divina, aun cuando las monarquías

141M. Gauchet, «L'État au miroir de la raison d'État», en *Raison et déraison de l'État*, Presses Universitaires de France, París, 1994, p. 202. Traducción propia.

142Martín Lutero reforzó con sus ideas políticas el poder absoluto de príncipes y reyes, al hacer de la religión un asunto de conciencia individual y directa interpretación de las Sagradas Escrituras sin mediación de una iglesia monopolizadora. Pero, sobre todo, introdujo un factor innovador: la libertad de conciencia, aplicada más allá de los límites de lo religioso, que a la postre se traduciría en un acicate para la libertad individual en todos los ámbitos, aun en contra de los deseos del propio Lutero.

del siglo XVI no han roto con las referencias religiosas. La Reforma contribuye al pasaje del rey sagrado al rey de derecho divino: «El príncipe o el magistrado no pueden ser más que designados de Dios –no son de derecho divino–, y no podrían participar de lo divino»¹⁴³. En el contexto de las guerras religiosas, el Estado aparece como el mejor medio de garantizar no un orden armónico y querido por Dios, sino la seguridad, el orden público. Así, el Estado concebido como un poder supremo en su orden terrestre puede ser provisto de una religiosidad propia. Coexiste un «orden de las relaciones singulares entre las almas y Dios» y «un orden político a la vez independiente cara a cara de toda autoridad religiosa, y provisto de su religiosidad propia» que manifiesta «otro aspecto de la relación con lo divino fuera [...] de la búsqueda individual del bien»¹⁴⁴.

El alejamiento de Dios y sus implicaciones para el Estado precipitan el divorcio –en forma latente para Bodin– entre leyes divinas y naturales y ley civil. Para el jurisconsulto, las primeras pueden imponerse dentro de un orden jerarquizado que va de Dios hasta la familia, pasando por la naturaleza y la república. Ignoramos, por falta de testimonio, la forma en que Bodin reaccionó ante el asesinato ordenado por el rey Enrique III de Francia del Duque de Guisa, el día antes de la Navidad de 1588¹⁴⁵, pero se puede suponer que esta manifestación brutal de la razón de Estado no dejaría indiferente al que creía que el rey no podía infringir las leyes divinas¹⁴⁶. A partir del momento donde, con la Reforma, las órdenes celestiales y terrestres están en compartimentos separados donde sólo lo político genera el orden aquí abajo, en la tierra, el acento será puesto más sobre la ley del rey que sobre las leyes divinas y naturales, que está obligado a respetar. No es que la monarquía rompa sus lazos con la religión –es de derecho divino– pero en la balanza planteada por el estado de excepción entre justicia e interés del Estado (o razón de Estado), la primera pesará menos.

Ese proceso corresponde a un reenvío, casi inexorable, de las leyes divinas y naturales a

143M. Gauchet, op. cit., p. 201.

144Ibid, p. 212.

145Enrique III de Francia, al no tener hijos, nombra sucesor a su primo Enrique III de Navarra, hugonote. Esta elección abre un conflicto sucesorio que se conoce con el nombre de la Guerra de los tres Enriques (el propio rey, el de Navarra y Enrique I, Duque de Guisa). El 12 de mayo de 1588, el alzamiento armado de los partidarios de la Liga Católica obligó al susodicho Enrique III de Francia a abandonar París, refugiarse en Chartres y convocar los Estados Generales en Blois donde tuvo que comprometerse a erradicar el protestantismo de Francia. Ordenó entonces asesinar al Duque de Guisa, jefe de la principal facción católica adversaria de la monarquía y líder de la Liga. El 1 de agosto de 1589 fue apuñalado por Jacques Clément, fraile dominico perteneciente a la Liga, y su primo Enrique de Navarra fue su sucesor con el nombre de Enrique IV.

146Bodin recomienda la neutralidad religiosa del Estado en *La Apología de René Herpin*, Fayard, París, 1986.

la Moral, y por tanto, a la disminución de su justicia efectiva. Pero, ante su fusión en la ética, una literatura «antimaquiavélica» se esfuerza por establecer un compromiso entre su respeto y la razón de Estado. Contra Maquiavelo, juzgado impío e inmoral, numerosos autores reflexionan sobre la «verdadera» razón de Estado que, sin marginar la justicia y la ética cristianas, ha asimilado la lógica del Estado. A pesar de su diversidad, esos escritores trataban la excepción bajo un ángulo ético-jurídico, tolerando los medios excepcionales. Las doctrinas de la razón de Estado, en los siglos XVI y XVII, pueden analizarse bajo el ángulo político-ético si se consideran las leyes naturales y divinas como no jurídicas, o aproximarse al estado de excepción si, como la mayoría de los autores de la época, no expulsan esas leyes del derecho.

El término *Estado* no lo fragua la pluma de Bodin, que emplea todavía el término *república*. La distinción es ya muy clara entre la corona –entidad abstracta, eterna, dotada del poder soberano– y la persona del príncipe; distinción perfectamente conceptualizada en la definición moderna de la soberanía. Una de sus implicaciones, la más impresionante, reside en lo que se califica, a partir de 1575, como leyes fundamentales del reino. Detrás del tema de la naturaleza de las leyes fundamentales, que no cesan de ser costumbristas, se pone en juego otra parte que toca al problema del Estado y sus relaciones con la religión y cuya manifestación más destacada es la abjuración de Enrique III de Navarra y IV de Francia. Su conversión del calvinismo al catolicismo es también, y sobre todo, un acto político. Después de tantos años de guerra, la abjuración del primer Borbón es menos la victoria de los católicos que la del Estado moderno. De cara a la imposibilidad de encontrar una respuesta a la crisis religiosa, el Estado aparece como la sola instancia capaz de garantizar el orden y la paz. En la Edad Media, eran concebidos como el reflejo de la armonía querida por Dios; ahora bien, las decenas de guerras en nombre de Dios no podían más que suscitar una duda profunda sobre esta visión armoniosa. Añadiendo, las ideas de la Reforma hacen de la salud el resultado de una relación directa del hombre con Dios, el orden sobre la tierra tiende a no ser más competencia de Dios. El catolicismo era mayoritario, «Enrique IV subordina sus propias convicciones a los imperativos de la paz pública y trata la religión como un hecho que el príncipe debe políticamente tomar en cuenta antes de tratar una materia de conciencia». En resumen, «todo pasa [...] como si el rey existiera para el Estado, y no, el Estado para el rey. Es en ese sentido la coronación del 27 de febrero de 1594 en Francia, tiene un valor simbólico de coronación del Estado y de una cierta

razón del Estado con él»¹⁴⁷. El Estado se vuelve una entidad que persigue fines autónomos, entidad abstracta, eterna, insondable, invisible en su esfera terrestre como Dios lo es en la suya. Las relaciones entre el rey y el Estado van a ser modificadas.

En la Edad Media, la idea de continuidad fue una herramienta para reforzar las dinastías de diferentes coronas europeas. Desde ahora la continuidad eleva ontológicamente al Estado y el rey es relegado al rango de órgano constituido. La comprensión de las leyes fundamentales es notoriamente transformada. Herencia, masculinidad, primogenitura, colateralidad, indisponibilidad de la corona han servido al rey en la afirmación de su poder; limitaban su margen de maniobra pero servían a la dinastía. A partir del momento en que el rey se vuelve un órgano constituido de una entidad que le precede, las leyes fundamentales van a limitar jurídicamente al rey para servir no a la dinastía sino al Estado¹⁴⁸. Sin embargo, las leyes fundamentales no limitan al rey en el ejercicio de su poder. Las reglas de sucesión no brindan los medios jurídicos de enfrentar una sedición o guerra. Pero exige que en estas situaciones se mantenga la inalterabilidad del reino.

Las etapas atravesadas en el siglo XVI modifican considerablemente la percepción del estado de excepción. A pesar de la teorización de la monarquía absoluta, la convicción persistente de que el rey debe gobernar de conformidad a las leyes divinas y naturales mantiene un espacio para la excepción. Según el punto de vista, este espacio se sitúa en el campo político (razón de Estado) o jurídico (estado de excepción).

2. Teoría del estado de excepción y doctrinas de la razón de Estado

La ruptura maquiavélica del lazo que unía lo político y lo jurídico resulta de la distinción entre ciencia de gobierno y comportamiento del príncipe. En la Edad Media, el monarca está impedido por el Derecho natural y por las instancias políticas concurrentes; con Maquiavelo, una doble redefinición se opera. Lo jurídico –las reglas a las cuales están sometidos los príncipes– participa desde ahora de la Ética. Lo político es instrumentalizado en técnica, arte o ciencia específica del gobierno. Este arte está todavía sometido a ciertas reglas (leyes en el sentido

¹⁴⁷Para M. Gauchet, «el Estado se impone como el pacificador por excelencia» (op. cit., p. 205. Traducción propia).

¹⁴⁸A partir del momento en el que el Estado es considerado como una abstracción, las nuevas reglas pueden ser vistas como jerárquicamente superiores, en el sentido en que ellas se imponen a los órganos constituidos.

científico), es por ello que el príncipe está vinculado a las leyes políticas. Esta definición no será aceptada por la mayoría de pensadores. En la segunda mitad del siglo XVI, se intenta continuamente rechazar los argumentos maquiavélicos. Las doctrinas de la razón de Estado nacen en el antimachiavelismo. Los rechazos recaen sobre varios puntos. Algunos cuestionan la visión antropológica de Maquiavelo afirmando que los hombres no estarían en conflicto permanente, rechazan la inversión de la relación entre lo normal y lo excepcional (el príncipe no debe ser maquiavélico más que en ciertos casos); otros critican negativamente la impiedad de Maquiavelo, considerando que el príncipe no ha de vulnerar la ley divina bajo ninguna circunstancia, aunque terminan admitiendo que, ante una eventual ruina del Estado, cabrá la dolorosa violación de la ley divina; establecedores de una tercera posición, son aquéllos que, con una argumentación difusa, buscan poner coto a la controversia existente entre el servicio del Estado y el servicio de Dios: hay normas divinas y universales y otras inherentes al gobierno de los Estados, catalogando las segundas como tan justas como las primeras. Lo que había de execrable, chocante en las tesis de Maquiavelo (la mentira, la crueldad, la eliminación del enemigo, etc.) dejará de ser infravalorado en buena medida por sus detractores –no pocos– para calificárselo de sólido sostén ideológico en la acertada razón de Estado.

Esas doctrinas heredan de Maquiavelo la ruptura entre el arte de gobernar y de gobernarse a sí mismo, según los preceptos cristianos. Entonces, deben reintroducir la excepción en caso de concurrencia. ¿Se trata por tanto de un retorno a la concepción medieval del estado de excepción? En principio, la respuesta es afirmativa –se sitúa de nuevo en una lógica donde la defensa de la comunidad permite, excepcionalmente, transgredir las normas de los tiempos normales, convertidas a causa de ese hecho en injustas– pero en profundidad hay ruptura. En el siglo XVI, los pensadores antimachiavelistas de la razón de Estado van a considerar los medios extraordinarios como injustos respecto a las leyes de Dios (convertidas en abstractas por los gobernantes), pero justos en cuanto son necesarios de cara a una nueva lógica casi teologizada, la del Estado. El objetivo mayor es la juridicidad de las reglas del gobierno normal y el rechazo de reenviar a la moral la cuestión del comportamiento del príncipe; de ahí el interés de esas doctrinas para el estado de excepción.

A priori, sin embargo, el peligro extremo no está en el corazón de la idea de razón de Estado. Friedrich Meinecke define ésta como «la máxima según la cual el Estado actúa, la ley

que rige su funcionamiento». Por un lado, ella dice al hombre político lo que debe hacer para conservar la fuerza y la salud del Estado. Ahora bien, siendo el Estado un ser orgánico cuya fuerza no se mantiene más que a condición de poder incrementarse de una forma o de otra, la razón de Estado asigna igualmente los objetivos y los medios de ese incremento. En esta definición, en principio, la sola conservación (no el incremento) del Estado interesa a la teoría del estado de excepción. Por otro lado, en realidad, detrás de la definición de la razón de Estado se esconde un objetivo mayor que depende del sentido dado a la necesidad¹⁴⁹. La definición propuesta por un célebre no maquiavelista del siglo XVI, Giovanni Botero, es reveladora: «El *stato* es una firme dominación sobre los pueblos y la razón de Estado es el conocimiento de los medios propios a fundar, conservar y hacer crecer tal dominación o señorío» pero «parece sin embargo que éste abraza más estrechamente la conservación que los otros»¹⁵⁰. La duda es significativa de una relación con Maquiavelo. Borrando la frontera entre ataque y defensa, intención de perjudicar y de preservarse, ser y deber ser en política, Maquiavelo ha ocultado también la distinción medieval entre conservación e incremento del Estado. Sostiene el florentino que la conservación *lato sensu* implica eventualmente la agresión preventiva, la crueldad necesaria, etc. Botero busca reintroducir la idea de conservación *stricto sensu* en la razón de Estado, y restablecer el sistema medieval de la necesidad excepcional contra la necesidad permanente. Detrás del sentido de la palabra *conservación* se disimula la antropología maquiavélica que hereda Meinecke: «La necesidad de poder es un instinto propio del hombre primitivo»¹⁵¹. Y es, lógicamente, lo que este autor deduce: «Es bien difícil [...] cuando se trata de agregaciones territoriales, distinguir entre las necesidades urgentes de la política realista y la alegría que da el incremento del poder»¹⁵². La relación con la antropología maquiavélica es pues determinante. La conservación del Estado es, en conjunto, una preocupación permanente para los maquiavelistas, excepcional para los antimachiavelistas: no interesa este estudio más que a los segundos.

La razón de Estado fue el objeto de la reflexión de numerosos autores, particularmente a causa de la extraordinaria difusión europea de la expresión. Tres de entre ellos colocan la relación entre normal y excepcional en el corazón de su desarrollo: Scipione Ammirato, Pierre

¹⁴⁹Para Meinecke, «el hombre de Estado no puede hacer una elección aunque la duda es aún posible. Pero a menudo la elección le está prohibida [...]. La razón de estado se confunde entonces con la pesada y penosa noción de necesidad» (F. Meinecke, op. cit., p. 11).

¹⁵⁰G. Botero, *Raison et gouvernement d'Etat en dix livres*, trad. de G. Chappuys, París, p. 4. Traducción propia.

¹⁵¹F. Meinecke, op. cit., p. 14.

¹⁵²Ibid., p. 16.

Charron y Naudé.

2.1 La teoría del estado de excepción para Ammirato

Scipione Ammirato se esfuerza en introducir la excepción en un discurso antimaquiavélico sobre la razón de Estado. Lejos de un regreso al concepto medieval, la dualidad normal/excepcional se combina de forma inédita. Este pensamiento certifica, a finales del siglo XVI, la casi imposibilidad de dar marcha atrás. En sus *Discorsi sopra Cornelio Tacito*, Ammirato define la razón de Estado como «una contravención a las razones ordinarias, por el respeto del bien público, o [...] de una más grande y más universal razón»¹⁵³. Ese medio de gobierno debe ser extraordinario pues «no es acertado decir, que un príncipe efectúe algún asunto por razón de Estado, si él puede mostrar que lo ha hecho por razón de ordinaria justicia»¹⁵⁴. Por tanto, Ammirato se sustrae de hacer una mirada exhaustiva de los peligros que acechan al Estado y, en el empeño de explicarse con más claridad en su teoría de razón de Estado, toca y analiza cuatro factores o razones que entiende que cada uno posee una significación propia: la naturaleza humana, obra divina, indica que los hombres son sensibles y razonables (inteligentes); civil, cree que los bienes desde la Creación pertenecen a todos en común, pero los hombres han construido sus casas, hacen vida en común y se han dado leyes civiles (esas leyes tratan en particular sobre la apropiación individual; así, la ley civil deroga la ley natural para preservar un interés superior); la razón de guerra¹⁵⁵, que deroga la razón civil pues permite la adquisición de los bienes de otros por las armas, lo que la ley civil prohíbe (el más grande bien es encuadrar aquí jurídicamente la guerra para que no sea un desencadenamiento de violencia bruta); la razón de las gentes, que instituye la inmunidad de los embajadores venidos para negociar la paz. Un acontecimiento que viene a perturbar la aplicación de la regla general, de suerte que no responde más a su primera finalidad, obliga a considerar una excepción: «Así la menor razón sucumbe bajo la razón más grande». La razón de Estado es introducida enseguida con el ejemplo de Claudio, quien «no pudiendo tomar por esposa a su sobrina, hace caso omiso a las leyes y razones ordinarias [...] la toma por respeto de una razón superior, que es el beneficio público», el

¹⁵³Scipione Ammirato, *Discorsi sopra Cornelio Tacito*, Filippo Giunti, Florencia, 1594, discurso XII, p. 206, traducción propia, y en la traducción de L. Melliet, *Discours politiques et militaires sur les œuvres de Cornelius Tacitus*, Jacques Caillové, Rouen, 1642, VI, 7, p. 338, traducción propia (en esta traducción el nombre de Ammirato ha desaparecido. Laurens Melliet «adapta» el texto, dejando de lado los pasajes poco elogiosos para Luis XIII y sus predecesores).

¹⁵⁴Ibid., discurso VI, 7, p. 338. Traducción propia.

¹⁵⁵Maquiavelo analiza dos tipos de guerra. Vid N. Maquiavelo, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, op. cit., libro segundo, 8, pp. 202-206.

cual no es otro que preservar la república de «grandes divisiones, conmociones y parcialidades para el gran número de sucesores». Ammirato no precisa si la condena del matrimonio en tercer grado sale de la ley natural o civil. En todo estado de causa, el bien público puede suponer una «transgresión y contravención de las leyes ordinarias». Para el sistema de derogaciones sucesivas, Ammirato pone en duda la inversión maquiavélica entre normal y excepcional, y considera la razón de Estado como una excepción justificada, sobre la base de una jerarquía, por «una más grande y más universal razón». Su fundamento es el riesgo de división y trastorno, que puede afectar a la salvaguardia del Estado. Pero ello permite contravenir a las otras razones, salvo a la razón divina, comprendida en un sentido más extenso, abrazando la equidad y el deber; «ello no debe plantear dificultad de doblegar y dar obediencia a la sola razón, la razón divina, quien tiene su autoridad más elevada que la razón de Estado»¹⁵⁶. La cadena de derogaciones se detiene. Ammirato considera, en nombre del respeto de la ley divina, que un príncipe no puede matar a su hermano (aun por una buena «razón» de Estado), así dependa de ello una sangrienta guerra de sucesión.

Es decir, ¿el Estado puede perecer antes que violar la ley divina? Esto depende del sentido que da al *stato* Ammirato. El «Estado no es otra cosa que Dominación, Señorío, Reino, Imperio y todo otro nombre que se le quiere dar: de donde resulta que la razón de Estado no es otra que razón de dominación, señorío, reino, imperio»¹⁵⁷. Salvaguardar su Estado significa salvaguardar su posición de dominación. Sin embargo, Ammirato extiende la razón de Estado, integrando la razón pública: cuando la autoridad pertenece a uno solo, «este representa la persona de lo público». La razón pública es una «máxima común a todos los príncipes soberanos, además de pasar y contravenir a las cadenas comunes de las razones y leyes ordinarias, para la defensa de sus personas y de sus estados». La dominación del príncipe no es un poder desenfrenado, donde emplee la fuerza física frecuentemente o sin control, él «representa la persona de lo público». A este título, como en la tradición medieval, debe estar al servicio del «bien público». La palabra *Estado* debe estar comprendida como una dominación salida del deber absoluto de obrar por el bien público. Ahora bien, una amenaza sobre la autoridad, siendo limitada a uno solo, pondría en peligro la persona encargada de garantizar ese bien. Es por eso que el príncipe dispone de prerrogativas extraordinarias «cuando lo exige la necesidad». De otra

¹⁵⁶ Señala que «cuando la religión y la razón de Estado están en concurrencia, se apreciará siempre que la religión sea el objetivo principal y precede a la razón de Estado, cualquiera que sea la importancia».

¹⁵⁷ S. Ammirato, *Discorsi sopra Cornelio Tacito*, op. cit., discorso VI, 7, pp. 348-352. Traducción propia.

parte, para Ammirato, la razón de Estado no debe concernir más que a la persona pública del príncipe. De ahí esta distinción entre privilegio y razón de Estado. El primero es «una contravención y una transgresión de la razón civil en beneficio de un particular», mientras que la segunda «corrige la razón ordinaria para el beneficio de varios». Cuando el príncipe utiliza la razón de Estado, actúa en tanto que persona pública, pues «todos los atentados contra el príncipe afectan al bien universal».

La contribución de Ammirato a la teoría del estado de excepción reside en el lugar singular de los poderes excepcionales en su sistema normativo. Por encima del príncipe está la ley divina, por debajo, las leyes ordinarias las cuales puede derogar. Si el príncipe debe derogar leyes ordinarias ante circunstancias excepcionales es que él está sometido en tiempo normal y que su poder no es absoluto. Para Ammirato, «los príncipes pueden hacer todo lo que ellos quieran sin ser castigados, pues están fuera de los lazos y del poder de las leyes y Dios no ha establecido persona por encima de ellos». Por tanto, ¿son ellos los autores de las leyes? El autor no responde verdaderamente. Las leyes ordinarias reenvían a las cuatro razones (leyes de naturaleza, civil, de guerra, de gentes). Su efectividad no depende de un criterio de forma sino de su conformidad a esas razones. Incluso si las leyes civiles pueden derogar a las leyes de naturaleza y no estar conformes a la razón natural, la derogación es justificada por un bien más grande. De la misma manera, si en caso de peligro para su Estado el príncipe –conforme a la razón de Estado– deroga las otras razones, eso no puede ser más que para un bien más grande. Se sitúa en una versión naturalista de la ley conforme a la razón y a la justicia. En materia económica, por ejemplo, si el trigo falta y los más ricos lo acaparan para mantener un precio elevado, el príncipe puede –por una muy excelente razón de Estado– privarles de ello, lo que «es una aparente injusticia». Pero «distribuyéndolo a los pobres, remedia la injusticia precedente». Es un caso donde una norma válida por su conformidad con la justicia es suspendida –circunstancias extraordinarias–, la medida de excepción es desde ahora la única válida, como en la concepción medieval.

En el vértice se encuentra la razón típica, de donde ha salido la ley a la cual el príncipe está siempre sometido. Aquí abajo las personas no pueden juzgar la conformidad de su acción a esta ley porque los malos príncipes son suficientemente castigados y sancionados por su propia conciencia según Maquiavelo, pero éste también expresa que «me parecen desdichados los

príncipes que, para asegurar su Estado, tienen que tomar medidas excepcionales, teniendo a la multitud por enemiga, porque el que tiene como enemigos a unos pocos, puede asegurarse fácilmente y sin mucho escándalo, pero quien tiene por enemiga a la colectividad, no puede asegurarse, y cuanta más crueldad usa, tanto más débil se vuelve su principado. De modo que el mayor remedio, en este caso, es tratar de ganar la amistad del pueblo»¹⁵⁸. Los tormentos del príncipe son la mejor garantía de su rectitud, su acción es juzgada más bien según el criterio de la virtud del hombre privado y público que de su eficacia: parece regresar a los «espejos de los príncipes». Ammirato considera el gobierno en términos de eficacia y concibe una verdadera ciencia del gobierno. Cuando compara la buena razón de Estado con los *Arcana Imperii*, Ammirato escribe que se trata de una «cierta, profunda, íntima y secreta ley, o privilegio, que dispone la seguridad del Estado, imperio o señorío». Estamos bien frente a una técnica, una ley secreta que puede escapar a la lógica del bien universal, una disciplina autónoma dotada de sus propios imperativos y que, en ciertas circunstancias, debe tomar una ruta diferente de aquella que conduce a la salud. Ahora bien, si la razón de Estado autoriza al príncipe a ir contra las razones inferiores, ¿cómo Ammirato rechaza la derogación de la ley divina? El príncipe, temeroso de elegir entre la salvaguardia de su Estado y el respeto de las normas divinas, ¿deberá preferir el segundo?

Ammirato extrae ejemplo de la historia romana, donde el respeto a la religión, a la fe y a los compromisos ha sido preferido en las razones de Estado, y donde los romanos han salido vencedores¹⁵⁹. La profunda originalidad (y modernidad) de Ammirato está aquí: la cuestión del respeto de las leyes divinas no se plantea en términos de pecado, sino de cálculo. Respetarlas es el más seguro medio de conservar su Estado: ha salido de la lógica medieval. Esta cuestión se basa en la antropología.

A pesar de un regreso aparente hacia la lógica medieval, Ammirato es un hombre de su siglo que busca los medios conceptuales de oponerse a Maquiavelo sobre su terreno. Reintroduciendo el concepto de excepción, no describe una disfunción momentánea en la armonía del mundo, pero piensa en una razón de Estado superior a las otras, salvo la razón divina, su más fiel apoyo. La idea de preferir perder su Estado más bien que transgredir la ley divina es casi una hipótesis de escuela. Si el príncipe respeta esta ley, él tendrá el poder necesario

158N. Maquiavelo, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, op. cit., Libro primero, 16, p. 79.

159Ver ibíd., Libro primero, 11, 12, 13, 14, pp. 63-75.

para no tener que elegir entre razón divina y razón de Estado. Su comportamiento no será aplicado pues todos los acontecimientos dependen de la voluntad de Dios.

2.2 Charron y la «justicia extraordinaria»

Pierre Charron aporta una contribución en la dialéctica de lo normal y lo excepcional en su tratado *De la sagesse* (1601), donde la conceptualización del Estado es más elaborada que en Ammirato. Charron retoma *de verbo ad verbum* las definiciones de Bodin (sin nombrarlo), si el Estado es otra vez concebido bajo forma de dominación se ha vuelto un lazo abstracto sin referencia directa a la persona del gobernante. El hombre no puede vivir sin un Estado, este orden le es necesario aquí en la tierra. Se encuentra así un fundamento sólido al imperativo de su conservación. Charron se contenta con exponer como Bodin los elementos y cualidades de la soberanía. No tan riguroso como el angevino en materia fiscal, no considera el caso excepcional del impuesto autoritario que permitía a Bodin ser plenamente lógico. El impuesto es igualmente considerado como un medio al cual el príncipe no debe recurrir salvo de manera excepcional cuando la necesidad apremie al Estado. En ese caso, la imposición es justa, según la regla: todo es justo en cuanto es necesario. Charron también exige, respecto de la necesidad, que lo que se haga sea con el consentimiento de los individuos, sus representantes, hacerles comprender la pobreza y necesidad. La contribución de Charron a la teoría del estado de excepción consiste en haber formulado la distinción entre justicia ordinaria y extraordinaria. Charron retoma la definición clásica y diferencia una justicia «natural, noble, filosófica» y otra «particular, política, obligada ante las necesidades de los Estados». La primera «está mejor regulada, neta y excelsa, pero fuera de uso, incómoda en el mundo tal como es», mientras que la segunda «es más laxa, acomodándose a la debilidad y necesidad humana y popular». La primera, que considera fuerte, útil, la relaciona en lo máximo a la honestidad, accede ante la necesidad y aprueba varias cosas que la segunda rechazaría y condenaría rotundamente. La justicia pura y perfecta es remitida a la abstracción, la artificial a la filosofía. La justicia en el Estado debe admitir «vicios legítimos» y validar acciones «ilegítimas» para la justicia teórica. La irrupción del Estado ha hecho volar en pedazos la unidad de la justicia situada en un orden armónico donde el Estado se inscribía en un lugar determinado sin contradecir el orden divino. Hay así concurrencia entre este orden y el orden estatal que tiene no sólo su razón propia sino todavía su justicia particular. Lo importante es menos la capacidad jurídica del príncipe a emplear medios de excepción –pues Charron no la

rechaza—, que de conocer los límites de la prudencia extraordinaria. La frontera de lo legítimo es ampliada en esta prudencia singular, pero no es ilimitada.

El príncipe debe siempre desconfiar, pero no mostrará este sentimiento. Asimismo, la disimulación, «que es corriente en los particulares, es muy necesaria en los príncipes, los cuales no sabrían reinar ni dar órdenes de manera perfecta»¹⁶⁰. Otros medios no son utilizados más que excepcionalmente. Charron evoca el hecho de «ganar alguna ventaja y llegar a su deseo por métodos secretos, por equívocos y sutilezas [...] haciendo y obteniendo por medios sutiles lo que la dificultad de los tiempos y de asuntos impiden actuar de otro modo». Medios que acepta «en caso de extrema necesidad», de otra parte, «no es una falta grave, pero es falta». Hay falta de cara a la justicia de uno mismo, no frente a la justicia estatal pues se trata de preservar el bien público, la duda es sintomática de la pérdida de valor jurídico de los preceptos medievales y de su reenvío a la moral. La lista de los medios extraordinarios, justificados por la necesidad de preservar el Estado, toca otros dominios: «Hacer morir secretamente [...] sin forma de justicia, a alguien que provoca conmociones y es pernicioso al estado». El respeto de los procedimientos normales pondría el Estado en peligro y Charron añade, casi irónico, que sólo las formas son violadas en ese caso. Asimismo, si alguien muy poderoso se vuelve «temible para el soberano» convendría «cortarle las alas». En materia económica, el soberano puede emplear la fuerza contra los más ricos «en caso de una gran necesidad y pobreza del Estado». Del mismo modo, puede «acabar» con los privilegios que existieran en «perjuicio y disminución de la autoridad del soberano». Finalmente, puede «apoderarse de una plaza, ciudad o provincia, mejor que dejarla tomar y ocuparla por otro poderoso y temible». Se reencuentra el arsenal clásico de los medios excepcionales de salvaguardar el Estado. Charron puede concluir: «Para conservar la justicia en los grandes asuntos, hay a veces que tener en cuenta los pequeños». La justicia de los grandes asuntos es la justicia política. Charron invierte la jerarquía de las justicias en caso de peligro para el Estado: la salud del Estado prevalece ante todo lo demás. Su pensamiento acoge el proceso de teologización del Estado: lejos de desaparecer, la religión se convierte en religión del Estado.

La generadora de la justicia política es la necesidad. Se trata aquí de las leyes de la justicia a las cuales el príncipe es sometido en tiempos normales¹⁶¹: la necesidad le permite franquearlas. Esto no significa que el príncipe esté libre de todas las leyes: él queda vinculado

160P. Charron, *De la sagesse*, III, 2, Fayard, París, 1986, pp. 557-560. Traducción propia.

161Ibid., I, 49, p. 321.

por las de la justicia política. De otra parte, el acento está puesto sobre la voluntad (mandamiento) contenido en la ley y no sobre su justicia. Aquí la diferencia es manifiesta con Bodin, quien concebía las leyes naturales y divinas como conformes a la justicia y no como expresión de la voluntad. Charron, que considera la voluntad contenida en la ley, es obligado a descubrir una segunda norma de justicia que permite derogar el mandamiento divino y natural. Las medidas tomadas en contradicción con la justicia divina en caso de necesidad son injustas, mientras que para Bodin, eran las medidas de los tiempos normales que, aplicadas en tiempo de peligro, habrían sido injustas. La justicia política de Charron abre la vía a otra forma de legalidad de excepción. La necesidad, que para Maquiavelo era ley en permanencia, provoca solamente aquí un cambio de registro. Ella no sustrae al príncipe de toda normatividad superior pero lo hace entrar en un campo normativo propicio a la justicia política. Como para minimizar las consecuencias de una relegación de la justicia, Charron aporta otras justificaciones: el príncipe empujado por la necesidad no es «malo» pues actúa por «obligación», o aún «si el príncipe no puede ser totalmente bueno, es suficiente que lo sea un poco, pero que no llegue al punto de ser completamente malo»; o en fin «los príncipes en circunstancias extremas no deben proceder a efectuar tales hechos más que lamentándose y reconociendo que es una desgracia y un golpe duro que viene del cielo».

Charron asigna dos límites a la prudencia extraordinaria. La preservación del Estado permite empujar los límites de la justicia pero no aleja toda norma, si no el príncipe sería un tirano y el Estado una banda de pillos. El primer límite –la «necesidad» o «evidente e importante utilidad pública»– no es solamente el generador de la prudencia extraordinaria sino de lo que es necesario al público; su empleo por el interés privado precipita al príncipe hacia la tiranía. Se encuentra el criterio de la evidencia que prohíbe toda discusión y se impone tanto al soberano como a los sujetos. El segundo límite es «que esté a la defensiva y no a la ofensiva; a conservarse y no engrandecerse, a garantizar y salvarse de engaños y sutilidades, o bien maldades y empresas dañinas, y no hacer ello»¹⁶². Si algunos sujetos o enemigos usan medios contrarios a la justicia, es legítimo responder con los mismos medios. Pero Charron sigue evasivo: a finales del siglo XVI, numerosos autores consideran la conservación del Estado en un sentido extenso que incluye la guerra ofensiva y preventiva, la conquista para fortificar la economía, etc. Esos límites de la prudencia extraordinaria se explican por una ley particular de

¹⁶²Ibíd., III, 2, p. 555.

conservación del Estado. El príncipe, en esas circunstancias, no tiene por debajo de él más que al Estado. Si se comporta de otro modo, lo traicionaría. La metáfora elegida es clara: el príncipe «actúa en favor de la salud pública, como lo hacen las madres y los médicos, que engañan y endulzan a los niños enfermos para poderles curar». Cada ciencia es autónoma, con sus finalidades y sus medios. Su objetivo es su deber de salvar la vida, el médico puede engañar al enfermo por su bien; su objetivo y su deber eran preservar el Estado, el príncipe puede engañar a sus ciudadanos por el bien público.

Para Charron, la justificación de la justicia extraordinaria se explica por el rol del Estado. El sentimiento de que el príncipe viola las leyes divinas y naturales sin otro objetivo que el poder bruto choca con Maquiavelo. Pero la perpetuidad del Estado, comparable con la eternidad divina, minimiza la infracción de las leyes divinas y naturales, o más bien crea las condiciones de un imperativo superior de conservación. El Estado se puede enorgullecer de un orden exclusivo. Testimonian el mimetismo de los vocabularios teológico y estatal en los casos extremos: salud pública, justicia estatal, sapiencia del príncipe, etc. En lo esencial, ese vocabulario salido del derecho romano había sido utilizado en la *Vulgata* para traducir el hebreo. El Estado se lo apropia alrededor de los siglos XVI y XVII. Charron está aún obligado a distinguir lo ordinario y lo extraordinario, para hablar de justicia y de derecho. Él participa igualmente en una inversión capital en la historia de las normas jurídicas. Mientras que en el mundo medieval y aun para Bodin, las normas supremas (divinas y naturales) que vinculan a los gobernantes estaban fundadas sobre la justicia, son desde ahora los mandamientos que el príncipe enfrenta. Para evitar la infracción, es impostergable que una excepción esté explícitamente prevista, de suerte que la ruta de la interpretación *contra legem* está anulada. Para Charron, la norma limitativa del poder es de la misma naturaleza que la norma del príncipe: un mandamiento. Bodin, que no había superado esta etapa, no había distinguido varias justicias.

2.3 Naudé y los medios excepcionales de gobierno

Gabriel Naudé continúa el pensamiento de Charron en la distinción entre ejercicio normal y excepcional del gobierno, pero se separa de éste, abandonando las precauciones del lenguaje. Cuando Charron justificaba las medidas extraordinarias contrarias al derecho común por su conformidad a otra justicia, las calificaba de justas, revistiéndolas de una legitimidad que tomaba

prestada del vocabulario jurídico. Medio siglo más tarde, Naudé no tenía este pudor: entiende ineludible describir la realidad sin eufemismos, descarnadamente, desprendida de toda justificación jurídica, velando por que la propagación de esta verdad quede discreta. Sus *Considérations politiques sur les coups d'État* son publicadas en doce ejemplares. El hecho sobrepasa la anécdota: desvelar a todos la lógica extrema de la razón de Estado hubiera sido dar al príncipe preciosos consejos pero también al pueblo una imagen abyecta de sus gobernantes.

Para Naudé, los golpes de Estado figuran en el vértice de un edificio cuya base sería el gobierno normal, y los niveles, las máximas y la razón de Estado. El golpe de Estado sería una suerte de paroxismo de los medios extraordinarios de gobierno. Retomando la distinción de Charron entre justicia ordinaria y justicia propia en el gobierno, Naudé escribe que «la última cosa que debe ser considerada en la política es la de los golpes de Estado». Estos tienen en común con las máximas y la razón de Estado el ser unos «excesos del derecho común, a causa del bien público» pero, además, son «acciones audaces y extraordinarias que los príncipes están obligados a ejecutar en los asuntos difíciles y desesperados, contra el derecho común, sin ningún orden ni forma de justicia, arriesgando el interés del particular, por el bien público». No deben ser empleados en cualquier momento, mientras que la razón de Estado puede ser utilizada de modo permanente. La palabra *extraordinario* no debe estar comprendida como generadora de excepción, sino en el sentido de raro, fuera de lo ordinario.

Los golpes de Estado pueden ser aproximados a medidas de excepción pues ciertas características les son comunes: derogación del derecho, invocación de un peligro y finalidad superior del bien público. Pero hay que cuidarse de una aproximación muy rápida, pues Naudé sugiere una nueva distinción: «En lo que se hace por causas, razones, declaraciones, manifestaciones y todas las formas de legitimar una acción, preceden los efectos y operaciones, o, al contrario en los golpes de Estado, se ve más bien caer al enemigo al que se ha escuchado gruñir en las multitudes; golpear antes de estallar [...], la ejecución precede a la sentencia; todo está hecho a la judaica [...] La principal regla (de los golpes de Estado) es tenerlos ocultos hasta el final». Esos golpes son raros no porque el peligro lo es también sino porque son arriesgados: es por esto que deben siempre ser guardados en secreto. La noción de crisis parece desaparecer pues «la ejecución precede a la sentencia», el paso a la acción adelanta la amenaza. Cuando el rey medieval consultaba para crear un impuesto, hacía objetiva la necesidad imperiosa, o al

menos hacia compartir su evidencia. Con Naudé, el secreto impedía el recurso a la evidencia compartida: el bien común se desviste bajo lo opaco de sus razones que determinan los golpes de Estado. En el momento en que son cometidos, nada permite discriminar un golpe de Estado por el bien común y un golpe de Estado gratuito. Si sus motivos son inembargables porque son secretos, el único criterio que permite discriminar el buen golpe del malo reside en el éxito o el fracaso de éste.

El príncipe no puede efectuar golpes de Estado a su antojo, pero los límites a su utilización no son tanto de utilidad objetiva como por los riesgos corridos. En el estado de excepción, la necesidad apremiante que obliga, es una forma de imposibilidad de comportarse de otro modo; para Naudé, el príncipe debe analizar la situación, mostrarse circunspecto, tomar precauciones. En el estado de excepción, él no tiene elección del momento pues el peligro es imprevisible; establece el pensador que hay ocasiones para realizar los golpes de Estado. Por tanto, esas precauciones y ocasiones corresponden con la idea de salvaguardar el Estado.

La primera regla «para servirse de los golpes de Estado, hay que actuar con honor, justicia, utilidad y beneficio», es tomada por Charron. «Hay que estar a la defensiva y no a la ofensiva, hay que mantenerse y no extenderse, preservarse de los engaños y maldades, de las sorpresas dañinas, y no hacer nada de estas cosas». Ese discurso parece continuar al de la guerra justa y al de los pensadores antimaquiavelistas que plantean la conservación del Estado como un límite a la buena razón de Estado. Por tanto, para Naudé, derrotar un enemigo antes de que sea lo bastante poderoso pertenece a la lógica defensiva. La defensa y la conservación incluyen la prevención de los problemas, trastornos, conquistas, engaños, etc. Leer a Naudé como a un puro cínico se quedaría por tanto un poco corto: su deseo es aconsejar al príncipe o al ministro según la racionalidad propia de lo político.

La segunda regla quiere que el príncipe recurra a los golpes de Estado solo cuando «hay necesidad, o una utilidad pública evidente e importante para el Estado o el príncipe». Esta declaración no difiere de la de todos los partidarios del estatismo de los siglos XVI y XVII. Se encuentra un vocabulario propio del estado de excepción: necesidad, evidencia, importante utilidad pública. Pero con Naudé, el príncipe recibe la absolución por los alejamientos, que aunque minimizados por el autor, siempre son faltas cometidas: es cuestión de «algunas

pequeñas faltas e injusticias». Hay cierta desproporción entre su gravedad y la ligereza con la cual Naudé las considera, pero Charron calificaba también esa falta de acciones conformes a la justicia particular: Naudé no las recalifica, las faltas quedan en faltas. La lógica de Estado no es más aureolada por la conformidad con la justicia: ésta parece ser autosuficiente. La justicia del rey no es el propósito de Naudé.

Las reglas siguientes confirman este vacío instrumental. La tercera es la de proceder raramente a los golpes de Estado: «El uso muy frecuente atrae hacia sí la injusticia». La cuarta consiste en actuar «como médico y no como verdugo»; la quinta señala no ejecutar el golpe «con pena, suspirando, como el padre cuando cauteriza o corta un miembro a su hijo para salvarle la vida».

Naudé renuncia a prescribir límites positivos a la acción del príncipe sobre el plano de la virtud: pueda parecer o ser injusto, o medio justo, poco importa. Lo importante no es hacer compatible lo que objetivamente no lo es, sino mostrar al príncipe que el Estado se funda sobre el derecho y la razón (de Estado). La política y la moral son inconciliables: lo jurídico debe elegir su campo. Se puede considerar que el Derecho común es solo válido y que los golpes de Estado no son conformes: se puede ver el Derecho como el interés del Estado, en cuyo caso todo es posible. Pero las dos concepciones no pueden juntarse, constata Naudé, que no decide, por otra parte, sobre qué es el Derecho. Nada puede mermar la capacidad del príncipe de hacerlo, salvo la oportunidad. El límite entre normal y excepcional se atenúa; no hay más un derecho normal y otro excepcional, como para Charron, sino una sola preocupación: el éxito.

Animado por la convicción de que la necesidad es ley fuera de toda consideración religiosa o moral, aceptando el divorcio entre el *ordo* medieval y la política moderna, Naudé propone una relectura de Santo Tomás sorprendente por su anacronismo.

La visión del estado de excepción no se ha resistido a la revolución maquiavélica. Lo que era excepcional en la Edad Media se ha vuelto normal para los pensadores que ponían en tela de juicio la herencia del florentino. Cuando reintroducen la excepción, ésta tiene un rostro bien diferente. Ammirato, Charron y en menor medida Naudé, han querido hacer aceptable la infracción excepcional a las normas, limitando las prerrogativas de los gobernantes: por la ley

divina para Ammirato, por la justicia particular del Estado para Charron y por la rareza para Naudé. En los siglos XVI y XVII, por la salud del Estado, los políticos, después los intervencionistas, borran todo límite al ejercicio del poder real, remitiendo la ley divina al campo de los deseos escatológicos de cada uno. La reforma ha provocado una escisión en la concepción de las relaciones entre el «aquí abajo» y «el más allá», que se pide según la emergencia del Estado. El orden terrestre se concibe desde ahora en y por el Estado porque él es la condición del «vivir juntos». De otra parte, el orden terrestre, la razón de Estado, la justicia particular, buscan dilucidar la manera de producir un orden. Esta nueva concepción, ordenada según las leyes en el sentido científico del término, mecanicista antes de ahora, conduce también a hablar de la razón de Estado a los pensadores y al resto de los hombres.

El estado de excepción en esta etapa de la historia se va dibujando acorde con la nueva realidad europea, observándose en el plano político hechos de una impronta singular: la unificación de los grandes reinos (Francia, Inglaterra, España) y la consolidación de las monarquías absolutas significaron sentar las bases del Estado moderno, caracterizado por la existencia de unas fronteras definidas, una población estable y un centro único de poder soberano, del que emanó la ley; instituciones tales como la hacienda pública, la administración pública, la diplomacia, los ejércitos nacionales, propias del Estado moderno, surgieron en esa época. Las ideas políticas nacidas del absolutismo (siglos XVI-XVII) supusieron un corte radical con el pensamiento medieval, al desvincularse la política de todo tipo de connotaciones teológicas y morales.

CAPÍTULO IV

DESARROLLO Y MARCO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN EN LA EDAD CONTEMPORÁNEA

1. Una aproximación teórica al estado de excepción de Locke y Rousseau

Es en la Edad Contemporánea cuando el derecho en general presenta una mayor transformación: los conceptos se trastocan; así, «poco a poco esa visión de la Ley como expresión del soberano absoluto será erosionada por los iusnaturalistas racionalistas, que primero desmitifican el carácter divino del poder soberano y luego lo hacen depender del consentimiento de los súbditos»¹⁶³. Tenemos pues que la configuración del estado de excepción no puede mantenerse ajena, siendo John Locke y Jean-Jacques Rousseau dos pensadores con ostensible influencia en esto.

Lo esencial de las cuestiones de fondo del derecho público contemporáneo se cristaliza en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, texto votado por la Asamblea Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789; preámbulo de la Constitución de 1791, sus principios son la libertad, la igualdad y el respeto a la propiedad: evidentemente, su contenido se alimenta de inspiraciones muy difundidas pero que a veces rayan en la ensoñación¹⁶⁴. Una dificultad mayor de la Declaración se encuentra en la amplia transformación que experimenta el hombre cuando se vuelve ciudadano.

En la fórmula lockiana, algunos derechos naturales quedan en el estado social; en la de Rousseau, el hombre natural sigue una total transmutación convirtiéndose en ciudadano, todo está desde ahora en la ley querida por el soberano. Un objetivo fundamental para preservar las condiciones de esta garantía es saber si los gobernantes pueden violar los derechos que están obligados a garantizar. Las respuestas aportadas por Locke y Rousseau ofrecen dos vertientes de lectura esenciales para la comprensión del estado de excepción en el constitucionalismo contemporáneo.

1.1 El estado de excepción según Locke

a) La prerrogativa y las relaciones entre los órganos ejecutivo y legislativo

En el *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, el estado de excepción está considerado

163G. Peces-Barba, «La ley ilustrada», en *ABC* (9 de febrero de 2001), p. 3.

164S. Rials, *La déclaration des droits del homme et du citoyen*, Hachette Literature, París, 1989, pp. 321-404.

para resolver la emergencia de crisis, esto es, situaciones anormales o extraordinarias, lo que implicaría que la salvaguarda de la *Commonwealth* puede conducir a modificar la repartición de las funciones entre órganos y que la cantidad de poder del cual dispone el gobierno civil puede verse incrementada.

«Y así, habiendo sido todos los hombres dotados con las mismas facultades, y al participar todos de una naturaleza común, no puede suponerse que haya entre nosotros una subordinación que nos dé derecho a destruir al prójimo como si éste hubiese sido creado para nuestro uso, igual que ocurre con esas criaturas que son inferiores a nosotros»¹⁶⁵. Por tanto, el ejercicio del gobierno no podría sobrepasar los límites de la preservación de la vida, de la propiedad y de la libertad del pueblo. Sólo en esas circunstancias excepcionales, el gobierno puede traspasar esos límites sin exponerse a la resistencia.

b) La prerrogativa, la ejecución *contra legem* de las leyes y las circunstancias excepcionales

«No es necesario que la legislatura haya de estar permanentemente en activo, ni que tenga siempre algo que hacer»¹⁶⁶. Sería bastante peligroso, según Locke, pues los legisladores podrían defender sus intereses más que el bien común y querer encargarse de la ejecución de las leyes sin obedecerlas. «Pero como esas leyes que son hechas de una vez y en poco tiempo, tienen sin embargo, constante y duradera vigencia además necesitan ser ejecutadas y respetadas sin interrupción, es necesario que haya un poder que esté siempre en activo y que vigile la puesta en práctica de esas leyes y la aplicación de las mismas» (este poder sería el ejecutivo). En cuanto al poder federativo, encargado de la seguridad y de los intereses exteriores que salen seguido del órgano ejecutivo, Locke señala que si esas dos funciones estuvieran colocadas en manos diferentes, esto «causaría tarde o temprano desorden y ruina». En su descripción, períodos calmos y conmocionados no están diferenciados. Algunas disfunciones pueden producirse, sin embargo, en las relaciones entre el «poder supremo que es el poder legislativo»¹⁶⁷ pero intermitente, y el poder ejecutivo, «subordinado» pero permanente, o en el respeto del ejecutivo a las leyes.

165J. Locke, op. cit., cap. 2, parágrafo 6, p. 38.

166Ibid., cap. 12, parágrafo 143, p. 150.

167Ibid, cap. 12, párrafos 144 y 148, pp. 151 y 153 y cap. 13, parágrafo 149, p. 154.

John Locke pone un acento especial en la participación política del pueblo y su relación con el poder legislativo¹⁶⁸, «así, suponiendo que las fechas de las convocatorias y asambleas legislativas no hayan sido ya establecidas por la constitución original, el poder de convocar ha de recaer naturalmente en el ejecutivo, no como facultad que pueda ejercerse arbitrariamente y a capricho suyo, sino en conformidad con el bien público y cuando las circunstancias y los cambios en los asuntos de Estado lo requieran»¹⁶⁹. Es plenamente consciente de las apetencias desmedidas y desviaciones que pueden producirse por parte del Ejecutivo, no limitándose sólo a advertírnoslo sino que también diseña la fórmula precisa a efectos de neutralizar esta situación; reflexionando, muestra su preocupación en estos términos: «Podría plantearse aquí la siguiente pregunta: ¿Qué si el poder ejecutivo, apoderándose de la fuerza del Estado, hace uso de esa fuerza para impedir que los legisladores se reúnan y actúen cuando la constitución original o las exigencias del pueblo lo requieran? Y respondo: un usar la fuerza sobre el pueblo, que no esté autorizada y que sea contraria a la misión que se le ha encomendado a quien la usa de este modo, equivale a un estado de guerra con el pueblo, el cual tendrá derecho a restablecer a sus legisladores para que éstos ejerzan el poder que les pertenece. Pues al haber erigido un poder legislativo con la intención de que éste ejerza su función de hacer leyes (ya sea en sesiones legislativas celebradas en fecha fija o cuando haya necesidad), cuando a los legisladores se les impide por la fuerza cumplir lo que es tan necesario para la sociedad por residir en ello la seguridad y la preservación del pueblo, éste tiene el derecho de eliminar ese impedimento recurriendo a la fuerza»¹⁷⁰. La prerrogativa deja un margen de apreciación al ejecutivo, pero la evaluación de su abuso eventual no es una cuestión jurídica. El pueblo podrá estimar, si las circunstancias lo justifican, la no convocatoria, pero estará desprovisto de los medios jurídicos de imponerla. La atribución de la prerrogativa en el ejecutivo es una «misión de confianza», es el encargado de la seguridad del pueblo. Ante la aporía de la legalidad y de la necesidad, Locke opta por la segunda: cuando la seguridad del pueblo está en juego, la rigidez excesiva de las reglas es peligrosa. Sin embargo, conceder esta prerrogativa de convocar al legislativo no implica su subordinación.

Queda saber si la evaluación de la necesidad de reunir a la asamblea depende de un

168 Los hombres entran en sociedad movidos por el impulso de salvaguardar lo que constituye su propiedad; y la finalidad que buscan al elegir y dar autoridad a un poder legislativo es que existan leyes y reglas fijas que vengan a ser como guardianes y vallas de las propiedades de toda la sociedad, que limiten el poder y templen la autoridad de cada grupo o de cada miembro de aquélla (J. Locke, op. cit., cap. 19, párrafo 222, p. 213).

169 Ibid., cap. 13, párrafo 156, pp. 160-161.

170 Ibid., cap. 13, párrafo 155, p. 159.

criterio jurídico. La regla *salus populi suprema lex* es tan justa y fundamental que no podríamos equivocarnos de manera grave si se sigue sinceramente. Si el ejecutivo, quien posee el poder de convocar al legislativo, observa las justas proporciones de la representación y no del uso, si no es según la costumbre pero según la recta razón que regula el número de miembros no se podría estimar que instaure un nuevo legislativo. ¿El empleo de la máxima *salus populi* revela una oscilación de una concepción a otra del derecho? Si la constitución original es concebida como un mandamiento de los hombres naturales cuando entran en el estado civil, el margen de apreciación dejado al ejecutivo se sale de lo político. Locke concede sin embargo una juridicidad intrínseca a ese tipo de decisión en virtud de una suprema *lex –salus populi–*. En la forma, la decisión es legítima pues es dada por un órgano habilitado. En el fondo, sería jurídicamente válida en función de su finalidad, la salud del pueblo. La inclinación hacia la teoría finalista es característica de la aporía que sería el origen del estado de excepción. Los órganos sometidos a la constitución original podrían transgredirla actuando válidamente y según el objetivo perseguido. La hipótesis descrita por Locke se presenta diferente ya que la prerrogativa es concedida previamente. Para justificar su atribución a pesar de los riesgos del abuso, Locke recurre a un vocabulario revelador: escribe que la ley *salus populi* es una regla «justa» que hay que seguir «sinceramente» y según la «recta razón». De donde esta definición: «La prerrogativa [...] del príncipe es un poder de proveer el bien público en todos los casos que existan circunstancias imprevistas e indeterminadas y que no se puede regular por leyes fijas e inmutables; pues todo lo que es manifiestamente hecho por el bien del pueblo y para sentar el gobierno sobre verdaderos fundamentos constituye y constituirá siempre un justo uso de la prerrogativa». El tono de esta definición tiene acentos medievales. Sobre la forma: mientras que Locke utiliza generalmente la palabra *ejecutivo*, él habla del príncipe. No es la única vez en el *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, pero la constatación es significativa. Sobre el fondo: la prerrogativa es un poder limitado por su fin, desprendido del acto de voluntad del príncipe, pues es necesario actuar en función de un bien «manifiesto» (criterio de la evidencia). En fin, la eternidad («constituye y constituirá siempre») nos remite a la idea de una justicia inmanente, atemporal. Locke –tomando sus distancias con Hobbes en ese punto—¹⁷¹ admite los límites del positivismo jurídico para reintroducir en las «circunstancias imprevistas e indeterminadas» una conducta más flexible.

¹⁷¹«Las nociones de derecho e ilegalidad, justicia e injusticia están fuera de lugar. Donde no hay poder común, la ley no existe: donde no hay ley, no hay justicia» (T. Hobbes, *Del ciudadano y Leviatán*, estudio preliminar y antología de E. Tierno Galván, trad. de E. Tierno Galván y M. Sánchez Sarto, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1993, parte I, cap. XIII, p. 127).

La prerrogativa, concedida porque «los legisladores no pueden prever y procurar mediante leyes todo lo que pueda serle útil a la comunidad»¹⁷², ¿permite la infracción de las leyes en caso de peligro? Es bueno que, en ciertos casos, las leyes se pongan de lado por el poder ejecutivo o por la ley fundamental de la naturaleza y del gobierno, quien quiere que todos los miembros de la sociedad estén salvaguardados lo máximo posible. Cuando la observación de las leyes y la conservación de la comunidad están en conflicto, se deberá preferir la segunda, «pues el fin del gobierno es el bien de la comunidad»¹⁷³. Al príncipe se le reconoce la prerrogativa necesaria para el buen gobierno de su pueblo.

Esta definición es construida como una respuesta a las objeciones que podrían ser formuladas por aquéllos que rechazan la prerrogativa del príncipe, pues abre una puerta a lo arbitrario, y para aquéllos quienes la conciben como absoluta, de suerte que sólo el príncipe sabe y puede conocer lo que es el bien público. Locke busca una vía media que se dispone a distinguir lo normal y lo excepcional. Señala que, en la historia inglesa, «el poder de prerrogativa fue siempre mayor en nuestros príncipes más prudentes y mejores porque el pueblo, observando que la tendencia general de dichos príncipes era procurar con sus acciones el bien público, no puso en tela de juicio lo que se había hecho al margen de la ley, si se había hecho con ese fin, o si alguna fragilidad o error humanos –pues los príncipes sólo son hombres, igual que todos los demás–, aun dando alguna señal de que una pequeña desviación contraria a ese fin estaba teniendo lugar, no llegaban a borrar las buenas intenciones de su conducta, y ésta seguía estando volcada al público. El pueblo, por tanto, encontrando razones para estar satisfecho con aquellos príncipes siempre que actuaban al margen o contra la letra de la ley, dio su asentimiento a lo que hacían y, sin la menor queja, los dejó que aumentaran su prerrogativa tanto como gustasen». Consentimiento que daban muy contentos porque ellos actuaban «en conformidad con el fundamento y el fin de toda ley, a saber, el bien público»¹⁷⁴. Esta historia no es el fruto de un azar feliz ni de la Providencia: el pueblo consentía, inclusive si la forma jurídica del consentimiento queda por determinar. Empero, la referencia del pasado a la actualidad tiene un valor ilustrativo y no probatorio. Locke indica, de otra parte, que «el pueblo es muy raras veces escrupuloso o puntilloso sobre este particular, y no se preocupa de escudriñar prerrogativas mientras sean empleadas en un grado tolerable y con el fin que corresponde a su razón de ser: procurar el bien

172J. Locke, op. cit., cap. 14, parágrafo 159, p. 164.

173Ibid., cap. 14, parágrafo 163, p. 167.

174Ibid., cap. 14, parágrafo 165, pp. 168-169.

del pueblo, y no su daño»¹⁷⁵. Podríamos ver en Locke un optimista beato sobre la moderación de los gobernantes (su antropología no es la de Hobbes). Sería un teórico matizado en las preocupaciones prácticas porque conceptualizando sobre la base de la experiencia, jamás sería totalmente ni idílico ni infernal. Tal lectura supondría admitir que él rechaza afrontar una aporía. En realidad, la historia ilustra un propósito más fundamental sobre el fondo de la dialéctica entre lo normal y lo excepcional, portadores el uno y el otro de una inteligibilidad específica de lo político y lo jurídico. El pueblo, sintiéndose justa y acertadamente gobernado, exterioriza su sentimiento de conformidad concediendo a sus gobernantes toda la confianza y seguridad en el ejercicio de sus funciones. «Pero como no puede suponerse que una criatura racional, cuando es libre, se someta voluntariamente a quien va a causarle daño (aunque puede ocurrir que cuando encuentra a un gobernante sabio y bueno quizá no juzgue necesario o útil negarle un poder ilimitado en todas las cosas), la prerrogativa no puede ser sino un permiso que el pueblo da a sus gobernantes para que éstos tomen ciertas decisiones por sí mismos allí donde la ley no ha prescrito nada; y, algunas veces, adoptando medidas que vayan directamente contra la letra de la ley, pero siempre para el bien público y con la aquiescencia del pueblo»¹⁷⁶. El pueblo deposita en las manos del príncipe su confianza aceptando las diversas medidas que éste pueda adoptar. Cuando el pueblo es víctima de la violencia o del abuso del poder, Locke considera que tiene el derecho a la insurrección: «este principio no se pone en funcionamiento hasta que los abusos padecidos por el pueblo son tan grandes que la mayoría repara en ellos, se cansa de ellos y tiene necesidad de enmendarlos»¹⁷⁷. Conceder al príncipe una prerrogativa que puede contradecir la voluntad del pueblo no está en contradicción con el interés de este último, pues cada acto es producto de una racionalidad específica. La expresión del pueblo en las leyes se basa sobre la razón y se muestra en las circunstancias normales. Por el contrario, en los casos imprevistos y excepcionales, el príncipe asegura el bien común contra las leyes sin abusar, pues la lógica de la evidencia interviene. Racionalidades, circunstancias diferentes: la prerrogativa *contra legem* y el respeto de las leyes son compatibles para Locke. En las circunstancias normales, el hombre usa su razón para condicionar las leyes y ordenar al príncipe que las aplique y las respete: el ejecutivo no es más que un agente de ejecución. En circunstancias excepcionales, el príncipe puede actuar contra la letra de la ley en virtud de un juicio fundado sobre la evidencia: aplicarlas sería contrario al fin por el cual ha sido instituida. El príncipe no viola las órdenes del pueblo

175Ibíd., cap. 14, párrafo 161, p. 166.

176Ibíd., cap. 14, párrafo 164, pp. 167-168.

177Ibíd., cap. 14, párrafo 168, p. 171.

pues comparte la sensación de la mayoría. Actuar contra las leyes debe ser manifiestamente necesario; si falta esta evidencia, el príncipe estaría actuando entonces según su propia voluntad, lo cual lo torna tirano.

La concesión de la prerrogativa al ejecutivo señala una inteligencia particular del gobierno pues, para Locke, «los hechos los cuales las leyes no podrían regular, habría que dejarlos a discreción de aquél que tiene en sus manos el poder ejecutivo». Locke da pocas explicaciones (es necesario, es bueno) sobre el fundamento de esta necesidad salida de la «ley fundamental» de salvaguarda de los miembros de la sociedad. Parece pensar en una ley invariable de funcionamiento de las repúblicas que obligaría irresistiblemente a los hombres, cuando entren en sociedad o se adhieran a ésta, a confiar la prerrogativa al príncipe para que se encargue de su salvaguarda. Esta ley se opondría a aquélla según la cual los hombres no pueden transmitir más poder que el que poseen. En el caso presente, prescribiría que los hombres no pueden no conceder la prerrogativa pues eso sería privarse de los medios de no encontrar los inconvenientes del estado de naturaleza. Por tanto, esta concesión está bien pensada y aceptada por los hombres. Nos situamos en una perspectiva invertida de la versión teológica de Filmer y de los defensores de la monarquía de derecho divino: voluntariamente, los hombres conceden la prerrogativa (paso moderno e individualista); el hombre deja el estado de naturaleza, «no sin razón está deseoso de unirse en sociedad con otros que ya están unidos o que tienen intención de estarlo con el fin de preservar sus vidas, sus libertades y sus posesiones»¹⁷⁸. En efecto, falta en el estado de naturaleza una «ley establecida, fija y conocida», «un juez público e imparcial» que decida, y un poder capaz de sostener su sentencia y de darle ejecución. Pero nada está dicho sobre una ley cualquiera de conservación de las repúblicas que indicaría que es necesario un ejecutivo susceptible de transgredir la ley establecida, fija y conocida; una ley que hubiese sido aceptada por consentimiento común, como norma jurídica¹⁷⁹. Ella no puede derivar más que del poder natural de cada hombre de «hacer lo que cree oportuno para la preservación de sí mismo y del resto de la humanidad. Es abandonado por el hombre para regirse por leyes hechas por la sociedad, en la medida en que la preservación de sí mismo y del resto de esa sociedad lo requiera; y esas leyes de la sociedad limitan en muchas cosas la libertad que el hombre tenía por ley de naturaleza»¹⁸⁰. Esta confianza delimita el poder en función de su finalidad: los gobernantes

178Ibid., cap. 9, parágrafo 123, p. 133.

179Ibid., cap. 9, parágrafo 124-126, p. 134.

180Ibid., cap. 9, parágrafo 129, p. 136.

no pueden actuar más allá ni por debajo de lo que es necesario para la conservación de cada uno y de la sociedad. Lo hacen tanto como es posible en el respeto de las leyes. Esta suprema *lex* de conservación de la sociedad es permanente, «dormida» en las circunstancias normales, «dura» en las circunstancias excepcionales¹⁸¹.

A diferencia de la concepción medieval, esta ley no resulta de un *ordo* preestablecido sino de un conocimiento a partir del cual cada hombre expresará su voluntad de restablecer la prerrogativa al príncipe. En el momento que los hombres concluyen el pacto social, sus voluntades se expresan en sus consentimientos, pero éstas no son enteramente libres. Para comprender esto último, hay que retomar las definiciones formuladas en el *Ensayo sobre el entendimiento humano*. La voluntad es un poder de actuar con conocimiento de causa; la libertad significa actuar (o no) según lo que nuestra voluntad ha elegido. Preguntarse si la voluntad es libre no tiene verdaderamente sentido pues ésta es resultado del conocimiento, ahora bien, dice Locke, lo que empuja a querer es la inquietud o la insatisfacción causada por la privación de un bien¹⁸². El hombre, teniendo el poder de comparar lo bueno y lo malo, es capaz de vencer la inquietud si lo desea. Conoce los inconvenientes del estado de naturaleza y la incapacidad de los legisladores para preverlo todo, sabe la necesidad de dotar al príncipe de la prerrogativa y quiere concedérsela. No se somete a la ley de la conservación de las repúblicas si ésta no la ha concebido su razón y deseado su voluntad. ¿Tendría libertad el hombre de no acordársele esta prerrogativa? Sí, siempre que fuese una bestia sujeta a sus deseos; pero el hombre, dotado de razón, es capaz de juzgar que la ley es preferible, que es necesario atribuir al príncipe los medios de preservar la sociedad. «Todo hombre está bajo la necesidad, por su constitución, como ser inteligente, de determinarse a inclinar su voluntad hacia lo que considere que es lo mejor que debe hacer, según el dictado de su pensamiento y juicio; de lo contrario estaría bajo la determinación de otro que no fuera él mismo, que es falta de libertad»¹⁸³. Este fin no difiere del del gobernante: así mismo no hay nada de arbitrario en la voluntad de los hombres de conceder la prerrogativa, hay poco riesgo de parte de quien lo usa, pues todos persiguen el mismo fin. «Quienes digan lo contrario estarán hablando como si el príncipe pudiera tener unos intereses distintos y separados de los que se refieren al bien de la comunidad, y como si no hubiera sido

181Podemos aplicar esto a nuestros tiempos: los Estados, «al no permitir que ninguna parte de sus dominios sea desmembrada»... (Ibid., cap. 8, párrafo 117, p. 128).

182J. Locke, *Ensayo sobre el entendimiento humano*, trad. de E. O’Gorman, 1ª reimp., Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1982, Libro segundo, cap. XXI, párrafo 29, p. 230.

183Ibid., Libro segundo, cap. XXI, párrafo 48, p. 245.

puesto ahí precisamente con ese fin. Los malentendidos respecto a este punto son la raíz y la fuente de la que surgen casi todos los males y enfermedades que tienen lugar en los gobiernos monárquicos. Y, ciertamente, cuando se dan malentendidos así, el pueblo que está bajo un gobierno de este tipo no constituye una sociedad de criaturas racionales»¹⁸⁴.

Las concepciones medieval y lockiana pueden ser diferenciadas. En la primera, el príncipe puede derogar las leyes en circunstancias excepcionales en razón de un juicio que tiene vocación de restablecer un orden armonioso y permanente que está siendo perturbado. En la sociedad, en cuanto ente natural, el imperativo de su conservación no resulta de la voluntad humana sino de su naturaleza sociable. En la óptica lockiana, es sobre la base de la razón de cada criatura que se entra en sociedad. La prerrogativa es una delegación de un poder humano en un órgano artificial, el ejecutivo. En realidad, la sociedad confía al príncipe los medios de perseguir el fin por el cual ha sido concluido el pacto social. Como el príncipe medieval, el de Locke es limitado por el fin del gobierno, pero éste no se encuentra en el corazón de las cosas sino que está constituido por el objetivo que cada uno se da (preservar su vida, sus bienes y su libertad). En las dos concepciones, el límite de la prerrogativa es la tiranía¹⁸⁵, es decir, un desvío del fin. Pero para Locke, el príncipe que abusa es sancionado sobre la base del pacto fundador, el cual sale de la voluntad de los hombres que han consentido ese poder. Esta visión hace del príncipe un órgano constituido al cual se le atribuyen amplias competencias en caso de peligro de la *Commonwealth*. Sostiene más la previsión de las situaciones excepcionales que una justificación *a posteriori* asegurada por la necesidad.

1.2 El estado de excepción según Rousseau

Rousseau, «autor de tantas obras, y después de haber publicado los más extraños y bellos libros de su siglo»¹⁸⁶, en el *Contrato social*, el posible peligro que puede correr un Estado lo aborda en relación con la dictadura (magistratura romana nacida en un universo diferente). Esta referencia y los ejemplos extraídos de la historia romana¹⁸⁷ no tienen más que un valor

184J. Locke, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, op. cit., cap. 14, parágrafo 163, p. 167.

185Ibíd., cap. 18, pp. 196-205.

186J. Guéhenno, *Jean-Jacques Rousseau*, trad. de A. Montero Bosch, Alfons El Magnànim, Valencia, 1990, p. 9.

187Y también el pensamiento romano es seriamente considerado, particularmente a la hora de afrontar la conducción del Estado. Por ejemplo, Cicerón nos lega su sapiencia al sostener: «Los que se destinan al gobierno del Estado tengan muy presentes siempre estas dos máximas de Platón: la primera, que han de mirar de tal manera por el bien de los ciudadanos, que refieran a este fin todas sus acciones, olvidándose de sus propias conveniencias; la segunda, que su cuidado y vigilancia se extiendan a todo el cuerpo de la república, no sea que,

ilustrativo. El ginebrino mantuvo con tanta firmeza las convicciones insertadas en la obra citada que redactó «un Proyecto de Constitución para Córcega [...]. Sus principios eran claros, y constituían una adaptación a la realidad corsa de las tesis del Contrato social»¹⁸⁸. Rousseau afirma que «la inflexibilidad de las leyes que impide que se plieguen a las circunstancias, puede en algunos casos hacerlas perniciosas y causar la pérdida del Estado en su crisis»¹⁸⁹. Esa abrupta constatación supone un golpe colosal al edificio de Rousseau, para quien «la primera de las leyes es la de respetarlas»¹⁹⁰. Su arquitectura política está fundada sobre la virtud (en el doble sentido de la sabiduría y de la fuerza) de la ley que, surgiendo de la voluntad general, no podría extraviarse¹⁹¹. Nos recuerda Alicia Villar Ezcurra cómo el autor, en el *Discurso sobre la Economía Política*, define la voluntad general como «aquello que permite la conservación del todo y de cada parte, que es origen de las leyes, y es regla de lo justo e injusto. [...] se identifica con la voz más justa, con la voz del pueblo»¹⁹². La crítica afecta al procedimiento de la promulgación de las leyes y sus objetivos, pues puede ser que ellas no lo hayan previsto. Expedir leyes resulta bueno, pero en ciertas circunstancias, los inconvenientes perjudican: las leyes son el mejor medio –más que un medio– de asegurar el bien de la sociedad. No es necesario afirmar las instituciones políticas hasta quitarles el poder de suspender el efecto de las leyes: las circunstancias excepcionales suspenden el efecto pero no lo destruyen. El solo motivo que hace tolerable la suspensión, añade Rousseau, es «la salud de la patria». Hay una concurrencia entre conservación de la comunidad y respeto a las leyes, la cual se interrumpe «en casos raros y manifiestos».

Consideramos que Rousseau es evasivo en lo concerniente a las circunstancias que afectan lo natural en caso de que la patria esté en peligro (guerra exterior, sedición, rebelión): la sola indicación es que la seguridad pública es maltratada. En esta situación, hartado de la delicada, Rousseau propone que «si el peligro es tal que las leyes mismas son un obstáculo para defenderse de él, entonces se nombra un jefe supremo que hace enmudecer todas las leyes y suspende un momento la autoridad soberana»¹⁹³. En la primera hipótesis, el poder de ejecución está concentrado en manos de uno o dos miembros del gobierno, «así no es la autoridad de las

por mostrarse celoso con una parte, desamparen las demás» (M.T. Cicerón, *Los oficios*, op. cit., I, 25, p. 57).

188R. Trousson, *Jean Jacques Rousseau*, versión española de M. Armiño, Alianza, Madrid, 1995, p. 260.

189J. J. Rousseau, op. cit., IV, VI, p. 124.

190J. J. Rousseau, *Discurso sobre la Economía Política*, trad. de J. E. Candela, Tecnos, Madrid, 1985, p. 16.

191J. J. Rousseau, *El contrato social*, op. cit., II, III, pp. 34-35.

192A. Villar Ezcurra, *Rousseau (1712-1778)*, Ediciones del Orto, Madrid, 1996, p. 40.

193Ibíd., IV, VI, p. 125.

leyes la que se altera sino la forma de su administración»: las leyes restan en vigor, el soberano prosigue su actividad, sólo cambia el número de gobernantes. Se asemeja al gobierno monárquico en que, en circunstancias normales, no hay riesgo¹⁹⁴. El peligro puede ser tan grande que las leyes mismas son un obstáculo para la salud de la patria. En esta hipótesis, nombrado el dictador, el soberano le asigna una misión en el acto de comisión. Él decide en «las reuniones extraordinarias que casos imprevistos pueden exigir», las cuales deben ser convocadas «por los magistrados propuestos con las formalidades prescritas». Si el magistrado se abstiene – estimando que no hay peligro –, el dictador no puede ser nombrado. Si, al contrario, el pueblo se reúne sin haber sido convocado, su asamblea «debe ser tenida por ilegítima, y todo lo que en ella se haga por nulo, porque la orden misma de reunirse debe emanar de la ley»¹⁹⁵. La iniciativa real regresa menos al pueblo que al magistrado que la reúne, pero la decisión pertenece a la asamblea. Contrariamente al sistema lockiano, el beneficiario de los plenos poderes no tiene la iniciativa de extender sus prerrogativas. En fin, se puede pensar que reunir al pueblo no es cómodo en circunstancias críticas, pero Rousseau no piensa en una comunidad política numerosa. Para él no es paradójico que la autoridad soberana pueda autosuspenderse, pues «en tal caso, la voluntad general no es dudosa, y es evidente que la primera intención del pueblo es que el Estado no perezca. De este modo, la suspensión de la autoridad legislativa no la destruye; el magistrado que la hace callar no puede hacerla hablar; la domina sin poderla representar; puede hacer todo menos leyes»¹⁹⁶. La suspensión es una simple puesta en pausa de la actividad legislativa. El dictador no actúa más que en virtud de una comisión y no adquiere su autoridad más que de ella: no detenta ninguna parte de la soberanía. La autosuspensión de la autoridad legislativa no plantea problemas jurídicos notables, pues no se trata de un prolongamiento excepcional de su letargo. Si esta autoridad sola decide la frecuencia de las reuniones y de la competencia del magistrado a convocarlas de forma extraordinaria, puede igualmente derogar sus propias normas. De otra parte, Rousseau entiende que un término sea explícitamente fijo a la comisión. Se interroga además sobre las garantías contra los abusos eventuales del dictador apoyándose sobre la historia.

En suma, cuando la existencia del Estado y el respeto de las leyes están en competición, lo primero debe predominar. La decisión debe ser tomada por el soberano, cuya voluntad general

194Ídem.

195Ibíd., III, XIII, pp. 93-94.

196Ibíd., IV, VI, p. 125.

no es dudosa pues el estado de excepción debe ser manifiesto, es decir, evidente, una evidencia que se concede con una voluntad general de naturaleza cualitativa (bien común) y no cuantitativa (unanimidad). «Pero sólo los grandes peligros pueden contrapesar el de alterar el orden público, y no debe detenerse el poder de las leyes más que cuando se trata de la salvación de la patria»¹⁹⁷. En cuanto a los mecanismos jurídicos de la utilización de los poderes excepcionales, no plantean problema de lógica.

Si, por una parte, Rousseau, en el *Contrato social*, plantea abiertamente que, en el supuesto de correr un grave y comprometedor riesgo la seguridad del Estado, el silencio de las leyes y la concentración del poder en autoridad designada son legítimos, recomendando que se determinen las causas específicas, por otra parte, el filósofo ginebrino no ha de decidirse a concretar él mismo en qué términos pormenorizados se procederá a la adopción de las indicadas medidas extraordinarias. Esa omisión, sin embargo, no opaca su entrega al estado de excepción: entendió que no hay régimen jurídico perfecto, necesitándose por tanto dentro de éste de una legislación de excepción.

Lo manifestado entorno a Rousseau hasta aquí está en coherencia con lo que expresa José Luis L. Aranguren sobre la concepción del Estado que en su día tuviera: «[...] el pensamiento de Rousseau se caracteriza por su absolutismo democrático y por su puritanismo político. El hombre, cada hombre, debe entregarse totalmente a la comunidad y no vivir sino para ella, desechando el interés particular y las diversiones que distraigan de esta tarea. El interés particular es propio del yo egoísta; el genuino interés es el interés público»¹⁹⁸.

2. Estado de excepción: definición y caracteres principales

El estado de excepción se ha configurado como un instrumento jurídico para enfrentar las numerosas crisis emergentes en la vida de las naciones; con él, el Estado incrementa su poder, recortando el espacio de las garantías ciudadanas, produciéndose una suerte de «dictadura constitucional» que el constitucionalismo contemporáneo ha terminado de hacer universal para salvaguardar el Estado de Derecho¹⁹⁹.

¹⁹⁷Loc. cit.

¹⁹⁸J. L. Aranguren, *Ética y Política*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1996, p. 108.

¹⁹⁹M. Delfino de Palacios, «El Derecho de Excepción en América Latina» en *Revista de la Facultad de Derecho*, nº 33, Caracas (1966), marzo, p. 75.

Definiendo el estado de excepción, Francisco Fernández Segado nos dice: «Nosotros definimos el “estado de excepción”, considerado en un amplio sentido, como el conjunto de circunstancias, previstas, al menos genéricamente, en las normas constitucionales que perturban el normal funcionamiento de los poderes públicos y amenazan a las instituciones y principios básicos del Estado y cuyo efecto inmediato es la concentración en manos del gobierno de poderes o funciones que, en tiempo normal, deben estar divididas o limitadas»²⁰⁰.

El estado de excepción se ha erigido en el gran soporte de nuestro coetáneo Estado de Derecho, «el Estado de Derecho lleva en su propia dialéctica la necesidad de un derecho excepcional, es decir, de prever la excepción y de normativizar la misma excepción»²⁰¹. Empero, la terrible paradoja ha sobrevenido con los tiempos; los regímenes de excepción han intentado más bien liquidar el Estado de Derecho y han tratado de institucionalizar dichos regímenes. Atentando contra las libertades abusivamente, el régimen de excepción se encuentra hoy en entredicho. En los últimos tiempos no hemos podido escapar de ser testigos del florecimiento de las legislaciones y de las jurisdicciones de excepción utilizadas arbitrariamente (prueba de ello fueron la actitud mantenida por diversos gobiernos después del atentado de las Torres Gemelas en Nueva York en septiembre del 2001). También pueden citarse ilustraciones históricas que van desde la ley de plenos poderes otorgada a Adolfo Hitler, hasta los regímenes andinos de Seguridad Nacional, las dictaduras militares y de influencias tribales en África, o los regímenes de emergencia de los países socialistas.

«En la sesión del 23 y del 24 de marzo de 1933 en el Reichstag, los diputados alemanes, exceptuando los socialistas, aprobaron la “Ley sobre la supresión de la miseria del pueblo y del Reich”, con la que se suspendió “provisionalmente” la Constitución, autorizando al gobierno a legislar por fuera de las normas constitucionales y sin ratificación por el parlamento. Las consecuencias de esta transgresión las sufrirían no solamente los alemanes sino toda Europa y aun otros países de los demás continentes»²⁰².

En América andina, una ola de dictaduras militares de Seguridad Nacional sembró el terror en diferentes países (los golpistas uniformados Juan Velasco Albarado en Perú, Videla en

200F. Fernández Segado, *El Estado de Excepción en el Derecho Constitucional Español*, op. cit., p. 18.

201M. García-Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Universidad Textos, Madrid, 1984, p. 163.

202F. Tocora, «Estados de Excepción y Derecho Penal», en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, n° 25-26, Cali (1992), p. 294.

Argentina, Pinochet en Chile, Hugo Banzer Suárez en Bolivia), utilizando sistemáticamente los regímenes de excepción como factor de legitimación. Mas no siempre hubo necesidad de golpes de Estado para maniobrar con el estado de excepción; en varios países se incursionó implementando la fase inicial de la Seguridad Nacional a través de regímenes de fachada civil.

En los países socialistas totalitarios, la llamada «dictadura del proletariado» proclamada constitucionalmente se veía acentuada hasta sus extremos con la declaratoria de estados de sitio, que imponían regímenes policíacos negadores de las más mínimas libertades. La pretensión de uniformidad del pensamiento habría de mostrar el carácter y el rigor de ese tipo de dictaduras. Su desmoronamiento histórico acabaría por demostrar su falacia y su recurrente violación de los derechos fundamentales.

Entonces, será pertinente poner nuestra atención en la aparición de situaciones catalogadas como crisis. «El gobierno de crisis significa la sustitución temporal de la técnica que distribuye el poder entre varios detentadores dotados de mutuos controles por la concentración consciente del poder en las manos del detentador gubernamental, así como la suspensión de los normales controles interórganos de la asamblea frente al ejecutivo durante la duración del período de excepción»²⁰³.

El escritor y político español Juan Donoso Cortés ve claro que, en ciertas coyunturas, para salvar la sociedad –y ésta hay que salvarla por encima de todo– se exige un derecho excepcional: «El legislador que, en tiempos de disturbios y trastornos, aspira a gobernar con las leyes comunes, es imbécil; el que, aun en tiempos de disturbios y trastornos, aspire a gobernar sin ley, es temerario. El derecho común es la regla ordinaria de los hombres en tiempos bonancibles. El derecho excepcional es su regla común en circunstancias excepcionales. Pero así como el hombre en ningún tiempo puede caminar sin Dios, las sociedades en ningún tiempo pueden caminar sin ley»²⁰⁴.

Los caracteres que le dan una fisonomía muy propia al estado de excepción podríamos enumerarlos en:

203K. Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, trad. de A. Gallego Anabitarte, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1970, p. 285.

204J. Donoso Cortés, «Proyecto de Ley sobre estados excepcionales, presentado a las últimas Cortes por el Ministerio de Diciembre», en *Obras*, Madrid, 1903-1904, III, p. 605.

a) Asunción de los distintos poderes y facultades extraordinarias por un único detentador, siendo éste normalmente el Poder Ejecutivo, y con el objetivo de actuar con la celeridad y eficacia exigidas por la excepcionalidad de las circunstancias; «consecuencia lógica de esta preeminencia del Ejecutivo es el debilitamiento de los otros dos poderes del Estado: Legislativo y Judicial»²⁰⁵.

b) La amenaza de un peligro inminente o la existencia de hechos graves en el ámbito social, político, económico; asimismo, se busca hacer frente a posibles guerras internas y/o exteriores o eventuales catástrofes naturales o producidas por la mano del hombre²⁰⁶.

c) Temporalidad. El estado de excepción está formalmente dominado por la transitoriedad de su vigencia. El mismo no supone un derecho normal y ello hace que, agotada su vigencia, deje de ser el derecho aplicable, inclusive a situaciones acaecidas durante aquélla²⁰⁷.

d) El *finis ultimus* del estado de excepción es ser la atalaya, el defensor del ejercicio pleno de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, aunque para ello se recorte temporalmente el ejercicio de tales derechos.

e) Aplicación de los principios de necesidad y proporcionalidad, lo que significa, en primer lugar, inequívocamente, que las medidas a adoptar en el estado de excepción serán en cualquier caso las estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad, debiendo efectuarse su aplicación de manera proporcionada a las circunstancias imperantes. Los efectos también se hacen extensibles a la duración, obligando a la autoridad correspondiente a levantar anteladamente el estado excepcional en el momento en que ello sea factible, al margen de que en la declaración se previera una duración aún no extinguida.

f) La declaración del estado de excepción no se interpretará como un atentado o destrucción del Estado de Derecho, del ordenamiento constitucional; puede suponer en un determinado momento la negación temporal del régimen constitucional en principio previsto, pero su pretensión, muy por el contrario, será mantener la eficacia de la Constitución como principio alternativo de emergencia y facilitar la vuelta ordenada a la Constitución ordinaria, legítima luego de superarse la crisis.

g) Vigencia inmediata. El carácter peculiar del estado de excepción exige cierta limitación del principio de seguridad jurídica, entendiéndose en la forma inmediata con que entra en vigor, si

205F. Fernández Segado, op. cit., p. 20.

206Erupciones volcánicas, huracanes, incendios de bosques, sismos, maremotos... La aparición de los cataclismos naturales se pierde, evidente, en la noche de los tiempos; pero siguen formando parte de los datos de nuestra existencia y ningún progreso previsible de la ciencia será capaz de protegernos de ellos en el futuro de manera total. Asimismo, las catástrofes tecnológicas que nos golpean son demasiado perniciosas y dolorosas como para olvidarlas: recordemos los accidentes nucleares de Chernobil y Fukushima (Vid. F. Ferrucci, «Dar la voz de alarma», en *El Correo de la Unesco*, octubre (1997), p. 23).

207M. García-Pelayo, op. cit., pp. 162-163.

bien ulteriormente a su publicación en el Boletín Oficial del país en cuestión.

h) Publicidad. Declarado el estado de excepción, entra a actuar un instituto excepcional específico, el derecho de excepción; éste «necesita ser dado a conocer por todos los medios de difusión posibles. Esta necesidad de la más amplia y urgente publicidad permite imponer obligaciones excepcionales a los medios de difusión privados»²⁰⁸.

i) Responsabilidad. Esto se traduce en que los poderes públicos, los órganos del Estado y sus agentes implicados en la ejecución del estado de excepción serán responsables por la comisión de probables vulneraciones de la ley; el Estado de Derecho le garantiza a todo ciudadano que se sienta afectado recurrir a la vía judicial para el respeto de sus derechos.

3. Incorporación a la Constitución de los estados de excepción

Sabido es que no todo lo que ocurre dentro del Estado puede ser objeto de previsión por parte de la ley. Ésta supone necesariamente un estado de normalidad que permita inducir una regla general de previsión del obrar humano a base de la observación de lo que sucede ordinariamente en un medio social dado durante determinado período. Toda norma de conducta humana es una regla de previsión del comportamiento de los hombres, elaborada a base de la observación de lo que suele habitualmente ocurrir dentro de un grupo humano, bajo condiciones establecidas. Pero en el seno del Estado pueden suscitarse hechos que, por estar fuera de lo corriente, escapan a la previsión del Derecho. La vigencia de la ley está condicionada por la normalidad social. Cuando esto no acontece, estamos ante el caso excepcional que, por su naturaleza, escapa a la comprensión de la norma general. Porque, como observa García-Pelayo, «toda normatividad supone una normalidad; no hay norma aplicable a un caos y, en cualquier caso, la posibilidad de la vigencia del Derecho está condicionada por una situación social estable, es decir, por una situación en la que se dan los supuestos sobre los que se edificó la normatividad jurídica en cuestión»²⁰⁹ y en este momento es cuando los estados de excepción tienen un papel importante que cumplir.

Los Estados no siempre los insertaron en sus respectivas Constituciones como parte de los instrumentos más efectivos para hacer frente o prevenir situaciones que puedan originar auténticas crisis: «Aquella optimista suposición del constitucionalismo clásico según la cual

208P. Cruz Villalón, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 65.

209M. García-Pelayo, op. cit., p. 162.

Constitución regía en todas las circunstancias como la ley suprema del país, constituyendo el marco inalterable del liderazgo del proceso político, no ha sido confirmada por la realidad»²¹⁰.

Ciertamente –en la doctrina jurídica–, en los albores del constitucionalismo clásico la teoría predominante era que la Constitución regía en todas las circunstancias, manteniendo invariables tanto los límites al ejercicio del poder fijados en el texto constitucional como la división de funciones previamente establecidas²¹¹, pero esta visión de ensoñación, de ingenuidad se derrumbó ante una realidad de ebullición social y confrontaciones descomunales del siglo XIX.

El constituyente estadounidense se mostró resolutivo en esta materia desde el mismo instante en que su nación se instituye como independiente. Para situaciones extraordinarias, la Constitución de los Estados Unidos de América promulgada por la Convención Federal de 1787, en el apartado 2 de la Sección novena del artículo 1, prevé la suspensión del recurso de hábeas corpus en casos de rebelión o invasión, y siempre que lo requiera la seguridad pública, reza: «El privilegio del hábeas corpus no se suspenderá, salvo cuando la seguridad pública lo exija en los casos de rebelión o invasión».

El primer caso de suspensión de una Constitución se producirá en Francia, aplicándose la Constitución francesa del 22 Primario VII (Constitución consular de 13 de diciembre de 1799): en virtud del art. 92, puede suspenderse la Constitución para todos los sitios en que amenacen la seguridad del Estado sublevaciones a mano armada²¹².

El primer estado de excepción a incorporarse en una ley fundamental no es de reciente data; la Constitución francesa de 1848 (en su art. 106) incluirá al estado de sitio: «Una ley fijará

210K. Loewenstein, op. cit., p. 284.

211Desde 1830 hasta 1848, se cortó toda posibilidad a la protección extraordinaria del Estado constitucionalmente sancionada. Verbigracia, la Carta de la Monarquía de Julio del 14 de agosto de 1830 reemplazó el artículo 14 de 1814 por el siguiente artículo 13: «El rey [...] hace los reglamentos y ordenanzas necesarios para la ejecución de las leyes, sin poder jamás suspenderlas ni dispensarlas de su ejecución».

La Constitución belga del 7 de febrero de 1831, en su artículo 130 reza: «La Constitución no puede ser suspendida ni en todo ni en parte».

El *Statuto* italiano de 4 de marzo de 1848, inspirado en la Carta francesa de 1830 y en la Constitución belga del siguiente año, expresa: «El rey nombra todos los cargos del Estado, y hace los decretos y reglamentos necesarios para la ejecución de las leyes, sin suspender ni dispensar su observancia» (P. Cruz Villalón, *El estado de sitio y la Constitución*, op. cit., pp. 247-248).

212C. Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1982, p. 125.

los casos en los que se podrá declarar el estado de sitio, y regulará las formas y los efectos de esta medida». Este artículo supone, por fin, la constitucionalización del estado de sitio, en cuanto esta institución aparece, así, nombrada, recogida e integrada en la Constitución... pero nada más²¹³.

Es la reflexión de Álvaro d'Ors suficientemente ilustrativa en lo que atañe a nuestro tema: «Al constitucionalizar el estado de excepción, con sus poderes extraordinarios, formalizamos la doble realidad de la permanencia personal y de la continuidad real de aquella situación y de aquellos poderes, lo que equivale, en definitiva, a una resignada renuncia de un régimen no-excepcional; pero, al mismo tiempo, si intentamos suprimir tales poderes como anticonstitucionales, la misma necesidad de las cosas impondrá un régimen de excepción que irrumpirá violentamente en la normalidad constitucional y echará por tierra aquella misma Constitución que quisimos defender con excesiva pureza»²¹⁴.

4. La técnica legislativa en el Derecho Comparado europeo

4.1 Estados de excepción en la Constitución francesa de 1958

El texto constitucional francés de 1958 en su «artículo 5 de la Constitución estipula que el Presidente de la República vela por el cumplimiento de la Constitución, y mediante su arbitraje asegura la reglamentaria actuación del poder público, así como la continuidad del Estado»²¹⁵. Este mismo documento concede al Presidente de la República un conjunto de facultades extraordinarias, denominadas por André Hauriou «el ejercicio de una dictadura temporal en período de urgencia»²¹⁶. El art. 16 del documento precitado (ley máxima de la Quinta República) expresa:

«Cuando las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o la ejecución de sus compromisos internacionales se encuentren amenazados de una manera grave e inmediata y se interrumpa el funcionamiento regular de los poderes públicos

213P. Cruz Villalón, op. cit., p. 374.

214Á. d'Ors, op. cit., p. 157.

215T. Stammen, *Sistemas políticos actuales*, trad. de J. R. Chocomeli Lera, Labor, Barcelona, 1977, p. 155.

216A. Hauriou, *Derecho Constitucional e instituciones políticas*, trad. de J. A. González Casanova, 2ª ed., Ariel, Madrid, 1980, p. 627, p. 1100.

constitucionales, el presidente de la República adopta las medidas exigidas por estas circunstancias, después de la consulta oficial al primer ministro y a los presidentes de las cámaras y del Consejo Constitucional.

Informará a la Nación por medio de un mensaje.

Estas medidas deben ser inspiradas por la voluntad de asegurar a los poderes públicos constitucionales, en el menor plazo, los medios de llevar a cabo su misión. El Consejo Constitucional debe ser consultado sobre esta cuestión.

El Parlamento se reúne de pleno derecho.

La Asamblea Nacional no puede ser disuelta durante el ejercicio de los poderes excepcionales».

Respecto a los poderes excepcionales que la Constitución le concede al presidente de la República, el general Charles de Gaulle afirmaba que «a él corresponde, en caso que la patria estuviese en peligro, el deber de ser el garante de la independencia nacional y de los tratados firmados por Francia»²¹⁷. Y del tenor que se observa en el artículo precedentemente enunciado y de su aplicación el 23 de abril de 1961 con ocasión del «putsch» de Argelia del 21 del mismo mes, podemos establecer que los poderes excepcionales del presidente poseen las siguientes características:

a) A fin de que el presidente de la República pueda ejercerlos se necesita la confluencia de un par de circunstancias de hecho:

a.1 Que se aprecie la grave e inminente amenaza de las instituciones de la República, la independencia del Estado francés, la intangibilidad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales.

a.2 Que se observe la circunstancia que lleve consigo la interrupción del funcionamiento normal de los poderes públicos constitucionales.

b) Corresponde al presidente de la República evaluar si se dan las circunstancias de hecho. No

217D. G. Lavroff, *Le droit constitutionnel de la Vème republique*, 2ª ed., Dalloz, París, 1997, p. 793. Traducción propia.

tienen fuerza vinculante las consultas previas al Primer Ministro, presidente del Senado, presidente de la Asamblea Nacional y Consejo Constitucional.

c) Conforme al artículo 16, el presidente tiene el derecho –y de Gaulle hizo uso de él con bastante frecuencia– de promulgar y aplicar medidas de excepción sin tener que pedir para ello el asentimiento del Parlamento.

d) Señala, no sin acierto, André Hauriou: «La garantía que debía ser más seria resulta de que el Parlamento esté reunido de pleno derecho durante toda la aplicación del artículo 16»²¹⁸.

El estado de sitio –cuyo origen es francés– previsto por el artículo 36 de la Constitución es aplicable «en caso de peligro inminente resultado de una guerra exterior o de una insurrección armada», se caracteriza esencialmente por la atribución de poderes de fuerza pública excepcionales a las autoridades militares. Es decretado en Consejo de Ministros, pero su prórroga más allá de doce días debe ser autorizada por el Parlamento.

4.2 Los estados de excepción en la Ley Fundamental de Bonn

Alemania quedó rota en 1948 (Estados Unidos de América, Francia y Gran Bretaña crearon un estado federal en sus zonas de ocupación; la U.R.S.S. bloqueó los accesos de Berlín Oeste, hasta mayo de 1949). Ante este destino tan funesto, los líderes de Alemania Occidental, «que por iniciativa de los americanos, británicos y franceses (los cuales se resistieron durante mucho tiempo), se ocuparon de la elaboración de una Constitución democrática»²¹⁹: así pues, nace la Ley Fundamental de Bonn de 8 de mayo de 1949 durante una grave situación de excepción. Esta ley fundamental, llamada por Theo Stammen «“Anticonstitución” contra la Constitución de Weimar y a la vez una “Anticonstitución” contra la situación constitucional existente en la Alemania de Hitler»²²⁰ omitió prever las distintas situaciones excepcionales que podían permitir la suspensión del ejercicio de determinados derechos. Ekkehart Stein patentiza su convencimiento sobre esta decisión escribiendo: «Se confiaba en que bajo un ordenamiento de libertad sería más fácil movilizar las fuerzas sociales para superar una crisis»²²¹.

218A. Hauriou, op. cit., p. 630.

219T. Stammen, op. cit., p. 90.

220Loc. cit.

221E. Stein, *Derecho Político*, trad. de F. Sainz Moreno, 2ª ed., Aguilar, Madrid, 1973, p. 256.

IV. Desarrollo y marco jurídico-constitucional del estado de excepción en la edad contemporánea

Su art. 91 prescribe que para la defensa ante un peligro que amenace la existencia del régimen fundamental de libertad y democracia de la Federación o de un *Land*, se puede solicitar y tener el apoyo de las fuerzas policiales de otros *Länder*. La República Federal de Alemania, después de consumada su derrota en la Segunda Guerra Mundial, en 1956 creará la *Bundeswehr* (nombre dado a las Fuerzas Armadas).

El gobierno posee entre sus facultades la potestad de legislar temporalmente sin necesitar de la confianza del *Bundestag*, disponiendo el art. 81: «[...] el presidente federal podrá a solicitud del Gobierno Federal y con la aprobación del Consejo Federal, declarar el estado de emergencia legislativa para un proyecto de ley que el Parlamento Federal rechace, pese a que el Gobierno Federal lo hubiese declarado urgente [...]».

En 1968 se lleva a cabo una reforma de la ley fundamental, determinándose una nueva regulación de las situaciones de excepción que prevé una suspensión gradual de partes de la Constitución; esto nos permite distinguir diferentes supuestos de excepción:

- a) Casos de catástrofe natural o de accidentes graves; en la reforma constitucional de 24 de junio de 1968 se añadieron dos nuevos apartados al art. 35, según los cuales un *Land* puede solicitar la asistencia de fuerzas de policía de otros *Länder*, así como de la Policía Federal de Fronteras y de las Fuerzas Armadas en los casos de catástrofe natural o cuando se produzca accidente grave.
- b) El estado de necesidad interna tiene lugar en los casos de un peligro inmediato para la existencia del régimen de libertad y democracia de la Federación y de un *Land*. En estos casos, un *Land* podrá reclamar el concurso de las fuerzas policiales de otros *Länder*.

Ampliando, podemos decir que dentro del mismo estado de necesidad interna apreciamos una segunda situación que tiene lugar cuando el *Land* amenazado por el peligro no estuviere por sí mismo dispuesto o en situación de combatirlo. En tales casos, el Gobierno Federal podrá tomar bajo su mando la policía de dicho *Land* y las fuerzas policiales de otros *Länder*, así como unidades de la Policía Federal de Fronteras.

Por último, dentro del estado de necesidad interna también podemos distinguir otra situación que posibilita la intervención de las Fuerzas Armadas cuando el *Land* amenazado por el peligro no estuviere por sí mismo dispuesto o en condiciones de combatirlo, y cuando no resultaren suficientes las fuerzas de policía y de la Policía Federal de Fronteras para proteger la propiedad civil y para luchar contra sediciosos organizados o militarmente armados.

La intervención de las Fuerzas Armadas cesará cuando así lo exigieren el Parlamento Federal o el Consejo Federal.

c) El estado de tensión, siguiendo el acertado parecer de Ekkehart Stein²²², no cuenta con un concepto definido legalmente.

La constatación del caso de tensión y su declaración corresponde al *Bundestag*, requiriéndose dos tercios del total de votos; empero, por disposición del art. 80, cuando es una decisión adoptada por un organismo internacional dentro del marco de un tratado de alianza con aprobación del Gobierno Federal, las medidas que se adopten serán revocadas cuando así lo exigiere el Parlamento Federal por mayoría de sus miembros.

Francisco Fernández Segado opina que el estado de tensión se aplicará en «caso de existir una situación internacional no tan grave» como el estado de defensa²²³.

En el estado de tensión se pueden aplicar medidas tales como:

- El deber de prestar servicios civiles.
- Restricciones a la libertad contenidas en leyes ordinarias que norman el estado de tensión.

El Parlamento Federal puede dejar sin efecto estas medidas.

d) En virtud del art. 115, el estado de defensa tiene lugar cuando el territorio federal se encuentre atacado por las armas o que se halle bajo la amenaza directa de tal ataque.

²²²Ibíd., p. 259.

²²³F. Fernández Segado, «La Ley Orgánica de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio», en *Revista de Derecho Político*, nº11, UNED, Madrid (1981), p. 57.

La constatación corresponde al Parlamento Federal (*Bundestag*) con la aprobación del Consejo Federal, a solicitud del Gobierno Federal. Su declaración exigirá una mayoría de dos tercios de los votos emitidos y, como mínimo, la mayoría de los miembros del Parlamento Federal.

Cuando las circunstancias exigieran de modo irrecusable una actuación inmediata y el Parlamento Federal no pueda sesionar de inmediato por fuerza mayor o por no alcanzar el quórum reglamentario, el estado de defensa será constatado por la Comisión Conjunta, por mayoría de dos tercios de los votos emitidos, y como mínimo por la mayoría de sus miembros.

En circunstancias de sufrir un ataque armado el territorio federal, no encontrándose los órganos federales competentes en condiciones de hacer la constatación de acuerdo al procedimiento antes descrito, dicha constatación se reputará como hecha y como promulgada en el momento en que hubiere comenzado el ataque, y el presidente federal dará a conocer en ese momento tan pronto como lo permitan las circunstancias.

El Canciller Federal asume la jefatura y el mando de las Fuerzas Armadas en el estado de defensa.

4.3 Los estados de excepción en la Constitución española de 1978

«El ordenamiento constitucional español de 1978 ha adoptado el modelo de derecho de excepción que podemos considerar clásico en el Estado de Derecho, basado en la previsión, ante el supuesto de una situación de emergencia, de una serie de modificaciones puntuales y concretas respecto de la vigencia ordinaria de la Constitución (estado excepcional)»²²⁴. Certísimo, el texto constitucional español de 1978, en su art. 116, ha configurado su estado de excepción diversificándolo en tres estados excepcionales, cada uno de ellos vinculado a un tipo específico de emergencia: estado de alarma, de excepción y de sitio. La Ley Orgánica 4/1981 de 1 de junio lo regula de manera pormenorizada.

224P. Cruz Villalón, *Estados Excepcionales y Suspensión de Garantías*, op. cit., p. 47.

4.3.1 Estado de alarma

El estado de alarma es aquella situación de naturaleza distinta a los dos estados excepcionales restantes, que no por estar prevista para situaciones aparentemente menos graves que las contempladas por el estado de excepción y el de sitio deberá considerársela como el paso previo de cualquier otro estado excepcional, aunque, para Carro, «la Constitución cita este estado como primer paso contra la emergencia»²²⁵. Su declaración se efectuará a través de decreto acordado en Consejo de Ministros, por un plazo máximo de quince días, teniéndose que dar cuenta al Congreso de los Diputados.

Las causas que pueden empujar al Ejecutivo a declarar el estado de alarma podríamos enumerarlas en:

- a) Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud.
- b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves.
- c) Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad.
- d) Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad.

Dentro de la vigencia de este estado excepcional, «supuesto en el que no cabe suspensión alguna del ejercicio de derechos o libertades»²²⁶, podrán adoptarse medidas como:

- a) Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos.
- b) Practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias.
- c) Intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza con excepción de domicilios privados, dando cuenta de ello a los ministerios interesados.
- d) Limitar o racionar el uso o el consumo de artículos de primera necesidad.
- e) Impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios y de los centros de producción afectados por el

225A. Carro Martínez, op. cit., p. 253.

226F. Fernández Segado, «Naturaleza y régimen legal de la suspensión general de los derechos fundamentales», en *Revista de Derecho Político*, nº 18-19, UNED, Madrid (1983), p. 44.

desabastecimiento de productos de primera necesidad.

Por otra parte, las autoridades competentes podrán suspender *ipso facto* en el ejercicio de sus cargos a los funcionarios que no cumplan con las órdenes dadas durante la vigencia de este estado, que puede ser declarado por el Gobierno –como decíamos antes– o por delegación de éste al presidente de la Comunidad Autónoma cuando la situación de emergencia afecte a parte o todo el territorio de una Comunidad Autónoma (art. 5 de la Ley Orgánica).

Si la normalidad no ha sido conseguida en el plazo de quince días, en caso de prórroga, ella pasa a ser del Parlamento, quien al autorizarla podrá modificar sus condiciones.

Privado el instituto referido de aquellas características peculiares del orden público, hoy se dibuja como un instrumento sin interés, sin efectividad. No exageramos al decir que el estado de alarma y la nada casi son lo mismo. «¿Qué ha pasado? Pues que, al no prosperar las características del proyecto, el estado de alarma ha quedado vacío y sin contenido. ¿Y para eso va a hacer falta un Decreto, una reunión urgente del Congreso de los Diputados y un período de duración de sólo quince días? Cuando ocurra un incendio, póngase por caso, se seguirá llamando a los bomberos, y si el incendio es catastrófico, con mayor razón se acudirá a los auxilios más a mano, sin que nadie razonablemente piense en que hay que reunir al Consejo de Ministros y convocar al Congreso». «Quizá la única justificación del estado de alarma haya sido poder dar satisfacción al Partido Nacionalista Vasco, que desarrolló una gran batalla dialéctica para que las Comunidades Autónomas pudieran asumir competencias en estas cuestiones de orden público excepcional [...]»²²⁷.

Después de 32 años de vigencia de la actual Constitución española –cuando menos se pensaba–, el gobierno socialista de José Luis Rodríguez Zapatero, en una reacción desesperada, declaró el estado de alarma el 4 de diciembre de 2010 para dar solución a la huelga llevada a cabo por los controladores aéreos. La aplicación de este estado excepcional no tiene precedentes en toda la democracia del país. Se informaba sobre este asunto: «Expertos consultados por este periódico creen que el decreto de estado de alarma era necesario, ya que la ley orgánica que regula este estado, el de excepción y el de sitio, lo prevé para “la paralización de servicios

²²⁷Ibíd., pp. 253-254.

públicos esenciales para la comunidad” cuando en una huelga o conflicto colectivo no se garanticen los servicios mínimos, como ha ocurrido en el caso de los controladores»²²⁸. El estado de alarma, a mi ver innecesario, sería prorrogado con la aprobación del Congreso de los Diputados el 16 de diciembre. Concretamente, en lo tocante a esta declaración, entendemos ya no sólo que sobraba el haberse decretado sino también que la misma caía en la inconstitucionalidad, pues es sabido que en los aeropuertos nacionales se produjo una movilización militar, significando esto el sometimiento del personal en huelga al fuero militar, que supone «una extensión de la jurisdicción militar más allá del “ámbito estrictamente castrense” [...], lo cual sólo es viable previa declaración del estado de sitio (art. 117.5 de la Constitución)»²²⁹.

4.3.2 Estado de excepción

Establezcamos con claridad la calidad del estado de excepción; no es el segundo grado, el escalón inmediato superior dentro de los estados excepcionales que esté por encima del estado de alarma ante situaciones de emergencia de la seguridad ciudadana. Afortunadamente, «el estado de excepción, como instrumento de respuesta frente a alteraciones del orden público, es hoy día efectivamente un instituto excepcional al que el Estado rara vez tiene que acudir, lo que no se hubiera podido decir respecto de otras épocas. A ello ha contribuido no sólo el reforzamiento de los medios de que dispone ordinariamente el Estado para el mantenimiento del orden público sino también un clima social sensiblemente más pacífico que el de otros períodos de nuestra historia reciente»²³⁰.

La declaración se efectuará mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. Conforme a la ley orgánica, el gobierno podrá solicitar al Congreso de los Diputados autorización para declarar el estado de excepción y, para tal efecto, la solicitud de autorización deberá contener:

- a) Determinación de los efectos del estado de excepción con mención expresa de los derechos cuya suspensión se solicita, que no podrán ser otros.
- b) Relación de las medidas referidas a los derechos cuya suspensión específicamente se solicita.

228M. Altozano, «Quince días bajo disciplina militar», en *El País* (5 de diciembre de 2010), p. 15.

229P. Cruz Villalón, op. cit., p. 79.

230P. Cruz Villalón, op. cit., p. 106.

IV. Desarrollo y marco jurídico-constitucional del estado de excepción en la edad contemporánea

- c) Ámbito territorial del estado de excepción, así como duración del mismo, que no podrá exceder de 30 días.
- d) Cuantía máxima de las sanciones pecuniarias que la autoridad gubernativa esté autorizada para imponer, en su caso, a quienes contravengan las disposiciones que dicte durante el estado de excepción.
- e) El Congreso de los Diputados debatirá la solicitud de declaración de estado de excepción y puede aprobarla conforme a lo solicitado o introducir modificaciones.
- f) Por último, una vez obtenida la autorización, se declara el estado de excepción, con acuerdo del Consejo de Ministros, mediante un decreto que tiene que contener los extremos autorizados por el Congreso de los Diputados.

En el caso que, durante el estado de excepción, el Gobierno considerase la necesidad de la adopción de nuevas medidas de las dispuestas en el decreto, debe solicitar del Congreso de los Diputados la autorización correspondiente, y a tal efecto se sigue el procedimiento igual al de la declaración.

El estado de excepción puede declararse en todo o en parte del territorio nacional cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad o cualquier otro aspecto del orden público resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo.

Durante la vigencia del estado de excepción se podrá detener a cualquier persona si se considera ello necesario para la conservación del orden cuando existan fundadas sospechas de que dicha persona vaya a provocar alteraciones del orden público. La ley orgánica establece que la detención no podrá exceder de diez días y que los detenidos tendrán derecho a ser informados de las razones de su detención y a la asistencia de abogado. Ahora bien, la detención habrá de ser comunicada al juez competente en el plazo de 24 horas y el juez podrá en todo momento requerir información respecto a la situación del detenido.

En los casos en los que se suspenda el derecho a la inviolabilidad de domicilio y se lleven a cabo inspecciones o registros para el esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos o

para el mantenimiento del orden público, la legislación española ha establecido garantías como que la orden de inspección o de registro debe ser formal y escrita, así mismo, que el titular de la vivienda puede presenciar el reconocimiento de la casa, y que no hallándose éste, con la presencia de dos vecinos, y que se levantará acta.

En los casos en los que se suspenda el derecho al secreto de las comunicaciones, la autoridad gubernativa podrá intervenir toda clase de comunicaciones, incluidas las postales, telegráficas o telefónicas, pero debe comunicar por escrito motivado al juez competente.

En los casos en que se suspenda el derecho de reunión, la autoridad podrá someter a autorización previa o prohibir la celebración de reuniones y manifestaciones, así como disolver las mismas. Ahora bien, las reuniones orgánicas de los partidos políticos, los sindicatos y las asociaciones empresariales que se realicen en cumplimiento de sus fines institucionales no podrán ser prohibidas, disueltas ni sometidas a autorización previa. También hay que destacar que la ley dispone que para que la autoridad gubernativa ingrese a los locales de los partidos políticos, los sindicatos y a las asociaciones empresariales debe tener autorización formal y escrita, salvo en los casos de flagrante delito.

En los casos de suspensión del derecho a la huelga y adoptar medidas de conflicto colectivo, la autoridad gubernativa podrá prohibir tanto la huelga como que los trabajadores y empresarios adopten medidas de conflicto colectivo.

La prórroga requiere autorización expresa del Congreso de los Diputados y no puede exceder de 30 días.

4.3.3 Estado de sitio

Evidentemente, el advenimiento de la democracia –y su influencia en todos los ámbitos– también condicionó en buena medida la concepción del estado de sitio. La ley suprema de 1978 recoge la preocupación de los constituyentes de entonces, que decidieron mantener expresamente el viejo instituto del estado excepcional militar, designándolo como *estado de sitio*. Pedro Cruz Villalón acuña una completa definición de este estado excepcional: «El estado de sitio es el

instrumento de respuesta frente a una situación que pone en peligro inmediato tanto la propia existencia del Estado como comunidad política soberana e independiente como la de su mismo ordenamiento constitucional. En este sentido cabe hablar de “crisis de Estado” a fin de reflejar el alcance y la profundidad de la emergencia que este instituto contempla»²³¹.

Confirmándose una vez más el carácter parlamentario del derecho de excepción, la declaración del estado de sitio corresponde al Congreso de los Diputados, previa propuesta del Gobierno; debe ser aprobada por la mayoría absoluta de aquél, determinándose el ámbito territorial, duración y condiciones del estado de sitio. «Cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios, el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 116 de la Constitución, podrá proponer al Congreso de los Diputados la declaración del estado de sitio» (art. 32.1 de la Ley Orgánica).

En lo tocante a los efectos del estado de sitio, éstos son diversos. Primero, podrán suspenderse los mismos derechos que en el estado de excepción; asimismo, las garantías especiales que para los detenidos reconoce el artículo 17.3 de la Constitución. Segundo, el Ejecutivo, que en virtud del art. 97 de la Constitución, nombra la autoridad militar que haya de ejecutar las medidas y prevenciones pertinentes, lo hará mediante los clásicos bandos. Tercero, este instituto entraña una clara ampliación de la jurisdicción militar que ejercita su fuero de conformidad con la ley.

Creo acertado poner énfasis, como cuestión final, en reproducir las palabras del expresidente del Tribunal Constitucional Pedro Cruz Villalón porque ellas están empapadas de veracidad y nos son válidas al mundo iberoamericano –tan golpeado por feroces dictaduras militares–, en especial, a las naciones andinas: «La fórmula adoptada por el legislador de 1981 es una repetición textual de la contenida en el artículo 8º de la Constitución para definir la misión de las Fuerzas Armadas dentro del ordenamiento constitucional español. En ello debe verse la voluntad del legislador de conectar el estado de sitio a la forma a través de la cual las Fuerzas Armadas, muy particularmente, defienden la integridad territorial de España y su ordenamiento

²³¹Ibíd., p. 108.

constitucional. Con ello viene a destacarse algo que, por lo demás, no deja de estar en la Constitución misma: Que no hay una misión autónoma de las Fuerzas Armadas que las eleven a la categoría de “defensor de la Constitución” con carácter autónomo, pues, por definición, un ejército elevado a la categoría de defensor autónomo de la Constitución se convierte, por la naturaleza de las cosas, en “señor de la Constitución”»²³².

²³²Ibíd, pp. 111-112.

SEGUNDA PARTE

EL ESTADO DE EXCEPCIÓN EN EL CONSTITUCIONALISMO ANDINO

CAPÍTULO V

SU REGULACIÓN Y UNA PRAXIS IMPERANTE

1. El Poder Ejecutivo en las Constituciones andinas y su experiencia práctica

Las especiales condiciones económicas, sociales, políticas, psicológicas y demográficas en que descansa la sociedad andina²³³ han dado origen a un régimen político-constitucional de muy particulares características. De esta manera, la organización constitucional andina adquiere dimensiones propias de la realidad política en que se desenvuelve. Como la exteriorización más visible de los Poderes Públicos la constituye el Poder Ejecutivo, síntesis que representa la totalidad del Estado, hemos creído de interés desarrollar un trabajo comparado del mismo, especialmente a través de su jerarca máximo: el presidente de la República.

El parlamentario peruano Enrique Bernales señala: «Los orígenes de la institución del Presidente de la República se remontan a los Estados Unidos. En ese sentido, es anterior a la Revolución Francesa e inclusive a la independencia de los países del sur de América»²³⁴. «Nuestra Constitución creó para la República Argentina» –dice Carlos Sánchez Viamonte– «un ejecutivo aún más fuerte que el de los Estados Unidos. Esto significa que, prácticamente, pueden ser desvirtuados la división y equilibrio de los poderes de gobierno. La preponderancia del presidente de la Nación sobre los poderes Legislativo y Judicial es enorme. Se puede afirmar sin

²³³En la actual y singular configuración de la América andina, no podemos hacer prescindencia, como elemento constitutivo importante de su ser, de la procedencia de un buen porcentaje de sus pueblos de la civilización incaica (territorios íntegros de Perú, Ecuador y Bolivia y parte de Colombia, Argentina y Chile la constituyeron). Ésta fue administrada por un Estado que supo hacer felices a sus habitantes: «Los incas, con sus grandes fortalezas de piedra, sus puentes colgantes, sus graneros siempre llenos y su economía controlada por el Estado» (M. Harris, *Canibales y reyes*, trad. de H. González Trejo, Alianza, Madrid, 1993, p. 15) constituyeron una sociedad altamente organizada con una cultura de cooperación en la que prevalecía el trabajo colectivo y la distribución social de los productos en proporción a las necesidades de cada cual. «Todos los testimonios históricos coinciden en la aserción de que el pueblo inkaico –laborioso, disciplinado, panteísta y sencillo– vivía con bienestar material. Las subsistencias abundaban; la población crecía. El Imperio ignoró radicalmente el problema de Malthus» (J. C. Mariátegui, *7 ensayos de interpretación de la realidad peruana*, 68ª ed., Amauta, Lima, 2000, p. 13). Se llega a hablar del imperio del pueblo quechua como «del más poderoso Estado de cuantos habían surgido en el continente americano, antes de la llegada del hombre europeo» (A. Alonso y otras, *Historia de la Humanidad*, vol. 20, Arlanza, Madrid, 2000, p. 94), superando de lejos a su colega azteca.

Edgar Montiel, reconociendo la inestimable aportación hecha por el escritor e historiador Garcilaso de la Vega, primer gran prosista de Hispanoamérica y gracias a cuya obra *Comentarios reales* pudimos conocer la preponderancia del incario, sostiene de éste y de aquél: «La visión del incanato transmitida por Garcilaso se encuentra en Campanella, en Bacon, en Morelly, el utopista francés autor del Código de la naturaleza (1753), que iba a influir en los pensadores de la revolución francesa y en los socialistas utópicos del siglo XIX. La huella de Garcilaso se encuentra también en Montesquieu, Voltaire (que escribe *Alzire*, pieza teatral basada en el Perú), Rousseau, Marmontel (autor de una novela histórica en la que hace de Las Casas y el Inca Garcilaso sus principales informantes), Rameau (que compone una ópera de mucho éxito, *Las Indias galantes*). En fin, para filósofos, moralistas, políticos, artistas, dramaturgos, compositores, monárquicos y burgueses, los incas y su organización social serán motivo de inspiración y pretexto para expresar sus propias aspiraciones» (E. Montiel, «El surgimiento de la Edad Moderna», en *El Correo de la Unesco* (mayo de 1992), p. 41).

²³⁴E. Bernales Ballesteros con la colaboración de A. Otárola Peñaranda, *La Constitución de 1993*, 4ª ed., Rao Jurídica, Lima, 1998, p. 522.

vacilaciones que tiene en sus manos los principales resortes del poder público. Su uso, sin recurrir al abuso, basta para constituir una forma de cesarismo, cuando el titular de tales atribuciones no tiene un profundo sentimiento republicano y un sincero respeto por el valor moral de la democracia»²³⁵. En verdad, el presidente de la República es una figura cuya plenitud escapa al esquema racionalista de las Constituciones andinas. Considero que es mucho más que el centro de un haz de poderes, que un mecanismo en la maquinaria constitucional y, en consecuencia, su función jurídica y política rebasa ampliamente la mera titularidad y ejercicio de una determinada competencia. Para el grupo de países que estamos tratando aquí, un modelo de este tipo lo representa la Constitución peruana de 1993, aunque esta Constitución se adhiere formalmente al modelo político de democracia representativa: el «análisis de su articulado descubre que bajo la reiteración del modelo lo que se ha privilegiado es un régimen político de concentración del poder en el Presidente de la República»²³⁶. Este desarrollo aparece principalmente en el Título IV, que se ocupa de la estructura del Estado. Se trata del título más largo, con un total de 14 capítulos. El orden de los temas tratados sigue básicamente la pauta de su predecesora, la Constitución de 1979 pero, a diferencia de ésta, no considera la elaboración de una serie de temas, resume otros y, sencillamente, elimina los demás.

No se trata, de manera alguna, de una situación anticonstitucional, ni siquiera extraconstitucional, pues si bien es cierto que esta función acaudilladora, de *leader*, desborda el puro texto de los preceptos constitucionales, encuentra, sin embargo, sus posibilidades en ellos. La conversión de titular de una masa de atribuciones en caudillo de un pueblo se ve favorecida por la relativa debilidad del Poder Legislativo, en el que el pueblo ve la representación de intereses parciales, tanto en lo social como en lo local. En cambio, el presidente de la República representa para la colectividad una encarnación de lo nacional. Representa, además, el factor personal, la mística que puede infundir una personalidad fuerte a quien el pueblo, en los momentos difíciles, le pide y espera de él que tome las decisiones adecuadas al interés nacional.

Maurice Duverger, en su *Instituciones políticas y Derecho Constitucional*, nos ha legado una verdad incuestionable hasta la actualidad. Refiriéndose a la mayoría de los primeros mandatarios de las naciones americanas, precisa que «los presidentes iberoamericanos no han

235C. Sánchez Viamonte, *Historia institucional Argentina*, 2ª ed. corregida, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1957, p. 200.

236E. Bernal Ballesteros, op. cit., p. 56.

solido conformarse con disponer del poder ejecutivo, sino que actúan e influyen en los otros poderes»²³⁷. Añade: «Las razones para que haya llegado a consolidarse la preponderancia presidencial son varias. Unas de carácter histórico como es la tradición del caudillismo, común a todos los países de Iberoamérica o la necesidad de personalizar el poder, propia de pueblos de escasa educación política, acostumbrados al paternalismo del señor o jefe. Otras razones son más actuales, como la deficiente calidad de los representantes parlamentarios, debida a que los partidos prefieren situar a sus mejores hombres en puestos decisorios, o la necesidad de disponer de un ejecutivo fuerte capaz de llevar adelante los programas de desarrollo y de garantizar el orden social y público»²³⁸. Tristemente, no se puede afirmar cosa distinta de los presidentes de la República andinos, a quienes sus gobernados han endiosado en algunas ocasiones, atribuyéndoles equívocamente el don de la infalibilidad²³⁹.

1.1 Régimen jurídico de emergencia

El concierto de países andinos ha aprendido, algo tarde, que la gran enseñanza histórica de que no puede haber poder absoluto debe también abarcar el estado de excepción. En otras palabras, que el estado de excepción debe estar comprendido dentro del Estado de Derecho; tiene que estar cuidadosamente reglamentado por una legalidad de excepción. Es decir, estamos hablando de un régimen jurídico de emergencia donde la realidad se tendrá que contemplar de manera especial previendo y dotando los mecanismos más convenientes para resolver situaciones que no coloquen en grave e irreparable situación la buena marcha del Estado y el respeto de los derechos de sus ciudadanos²⁴⁰. En la América andina, azotada por numerosas dictaduras

237M. Duverger, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, 6ª ed., 4ª reimp., Ariel Ciencia Política, Barcelona, 1988, p. 606.

238Ibid., p. 607.

239Vid. J. Lafaye, *Mesías, cruzadas, utopías*, trad. de J. J. Utrilla, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, pp. 9-10.

240La máxima expresión característica prehispánica en los pueblos andinos del eficiente papel del Estado y la salvaguardia de los derechos de los que lo componían la encontramos, a mi ver, en el incario, pues su complejo Estado social contó con un embrionario estado de excepción dentro de su orden jurídico; a este respecto, las leyes eran pocas y sumamente severas. Como un primer paso a la evitación de situaciones que pudieran poner en peligro el principio de autoridad –esencial en toda convivencia– o la seguridad del Estado o la integridad territorial, se contemplaba con la pena de muerte a cualquier blasfemo del dios Sol y los que maldijeran al Inca (H. Trimbom, *El delito en las altas culturas de América*, trad. de J. León Herrera y E. More, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1968, p. 59). Destruir los linderos de las propiedades, desviar el curso del agua para regar la tierra propia perjudicando a otro e incendiar una vivienda se tipificaban como delitos cuyo castigo resultaba muy duro. El delito por derribar un puente traía consigo la muerte. «El Inca no consentía que se opusiese obstáculo alguno a aquellas facilidades de comunicación tan esenciales al mantenimiento del orden público. En caso de rebelión de una ciudad o de una provincia, se la asolaba y se exterminaba a sus habitantes. La insurrección contra el “Hijo del Sol” era el mayor de todos los crímenes» (W. H. Prescott, *Historia de la*

militares²⁴¹ —y también, por qué no decirlo, por algunas civiles—, el gran problema que han originado éstas en aquélla es el abuso en el manejo de esas instituciones de emergencia, que empieza muchas veces por su declaración arbitraria y prosigue con la transgresión de los derechos humanos a nombre de un orden que suele ser no el de la convivencia social, sino precisamente al contrario, el de los privilegios que ha alimentado la crisis social, dando lugar al aumento de la tensión social que producen el estallido y la crisis que trata de enfrentarse.

El régimen jurídico de emergencia, complicado por una proliferación de normas, se ha visto trastocado una y otra vez produciendo esto un ambiente irrespirable y nada propicio en su consolidación. Llama particularmente la atención los casos de países como Chile, en los que se pretendió «regularizar» esa situación, consagrando a nivel constitucional estados graduales de excepción.

«Para la Corte Suprema de Chile, precisamente, la tesis de su incompetencia para examinar la constitucionalidad de la creación de la ley, viene desde 1930. Con ello el control constitucional de las normas de excepción se veía frustrado, consignando expresamente tal Corporación que la legislación de facto debía acatarse puesto que su vigencia “depende de factores de orden político y social que son desde todo punto ajenos a un pronunciamiento propiamente jurídico”»²⁴².

La Corte Suprema de 1973, que había jugado al golpe y que por supuesto no fue eliminada como sucedió en otros países andinos, avalará las violaciones de los derechos humanos, autorrestringiendo sus funciones, en especial aquéllas que tuvieran que ver con el control de las arbitrariedades del régimen, desconociendo el hábeas corpus, dejando que el Ejecutivo utilizara ilimitadamente la disposición que permite el confinamiento de personas, la restricción de las garantías liberales en el proceso penal, etc.

conquista del Perú, János Peter Kramer, Buenos Aires, 1944, p. 18).

241La América de los Andes ha hecho tristemente populares algunos términos políticos. *Cuartelazo*, la forma coloquial de denominar el golpe de Estado, es uno de ellos. A lo largo de la centuria pasada, los pronunciamientos militares se sucedieron repetidamente una y otra vez como una maldición que ha truncado las expectativas democráticas de toda la región. Hoy, ese pretérito reciente parece más lejano que nunca: los uniformes han desaparecido de los palacios presidenciales y han sido reemplazados por jefes de Estado elegidos mediante el sufragio universal. Los ejércitos andinos parecen haber renunciado a sus ambiciones políticas y reconocido la primacía del poder civil. Empero, la vuelta de los soldados a sus cuarteles no ha cerrado el espinoso capítulo de las relaciones entre civiles y Fuerzas Armadas en forma absoluta. En algunos países, los militares aún conservan importantes cuotas de influencia política e independencia financiera; verbigracia: Chile.

242F. Tocora, op. cit., p. 247.

La vieja jurisprudencia de la Corte Suprema de 1925 de que no procedía el hábeas corpus (llamado *amparo* en Chile) a favor de las personas retenidas por orden del presidente de la República durante un estado de sitio, fue reafirmada con énfasis y posteriormente sería incorporada a la nueva Constitución chilena de 1980.

Una jurisprudencia particular y significativa de la Corte Chilena es la que sostiene que en tiempos de guerra los tribunales militares no están bajo su jurisdicción.

La Corte Suprema argentina restringió sensiblemente su función de control de la constitucionalidad, bajo la teoría de las *political questions*²⁴³, seguida de la jurisprudencia norteamericana, cuyo modelo constitucional inspirara predominantemente. Dentro de esa perspectiva, la proclamación del estado de sitio escapa a la revisión constitucional. «En 1930, la Corte Suprema corrió solícitamente a legitimar el golpe de Estado contra el presidente constitucional Hipólito Irigoyen, sin siquiera mediar requerimiento tal como lo exigía la Constitución y se estilaba en la práctica. En 1943, reincide con un nuevo golpe de Estado, que aprueba genuflectivamente. Luego cuando advienen los golpes de seguridad nacional la tesis encontrará en su favor esos precedentes»²⁴⁴.

Dentro de esa secuencia histórica de golpes y transiciones democráticas, se presentan los jueces de facto. Los regímenes de facto solían cambiar la cúpula judicial por jueces sumisos. Los anteriores eran destituidos; incluso en 1955, los Magistrados de la Corte Suprema fueron arrestados y algunos enjuiciados penalmente, acusados de delitos comunes.

En el golpe de Estado de 1976, la Corte Suprema no revisa los presupuestos de hecho de la proclamación del estado de sitio. Falta que tampoco hacía, cuando acababa de legitimar el gobierno de facto. Las garantías fundamentales se recortaron sensiblemente a través de las llamadas Actas Institucionales. La Corte Suprema se abstenía de conocer los requerimientos ciudadanos de hábeas corpus, que se hacían numerosos ante la avalancha de desapariciones y secuestros oficiales. Los tribunales se niegan a controlar los fundamentos de las retenciones de

243Hubo no pocos magistrados argentinos bendiciendo el advenimiento de las distintas dictaduras; es probable que coincidieran con el pensamiento donosiano: «Digo, señores, que la dictadura en ciertas circunstancias, en circunstancias dadas, en circunstancias como las presentes, es un gobierno legítimo; es un gobierno bueno, es un gobierno provechoso, como cualquier otro gobierno; es un gobierno racional, que puede defenderse en la teoría, como puede defenderse en la práctica» (J. Donoso Cortés, *Discursos políticos*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 6-7).

244F. Tocora, op. cit., p. 249.

los ciudadanos y su mantenimiento en prisión sin proceso. De las 7.067 solicitudes de *habeas corpus* que se presentaron entre el primero de abril de 1976 y el 30 de junio de 1979, la inmensa mayoría no tuvo ningún resultado positivo. Se estrellaban contra la certificación de las autoridades militares de que la persona solicitada no había sido detenida. Una judicatura temerosa y en parte cómplice aceptaba esas certificaciones como prueba irrefutable y definitiva que no podía ser desvirtuada por otras pruebas que palmariamente establecían la realidad cruda y patética de la violencia oficial. Enseguida tenemos un ejemplo de esa jurisprudencia de la Corte: «la presunción de veracidad de los actos e informes realizados por un poder tienen para los restantes constituyentes un presupuesto básico de nuestro ordenamiento republicano de gobierno, y en tal sentido, siendo claros los informes brindados por el Poder Ejecutivo Nacional y fuerzas de seguridad, respecto de la inexistencia de detención de la beneficiaria del *habeas corpus*, este extremo –en virtud del precedente enunciado– no puede ser puesto en tela de juicio»²⁴⁵.

Otro extracto jurisprudencial nos muestra cómo la Corte Suprema argentina concedió patente de corso a la dictadura para detenciones ilimitadas y arbitrarias de las personas: «Fundado el arresto por el Poder Ejecutivo en hallarse la causante vinculada a actividades subversivas, tal aserción inequívoca obliga al órgano judicial a respetar la esfera de reserva del poder político, por no darse otras circunstancias que hagan excepción a la doctrina de la Corte Suprema de no ser revisables por los jueces las facultades específicas del Poder Ejecutivo durante el estado de sitio. El lapso por el que se prolonga la detención de la interesada puesta a disposición del Poder Ejecutivo por estar vinculada a aquellas actividades tiene relación con la subsistencia de la situación excepcional que dio lugar a que se declarara el estado de sitio»²⁴⁶.

1.1.1 Emergencia constitucional

Ya hemos visto que es tarea del presidente de la República velar por la mantención del orden interno y de la seguridad exterior de la República como, asimismo, defender la independencia, el honor de la Nación y la integridad de su territorio.

Para cumplir con estas finalidades, las Constituciones andinas pueden entregar, en forma eventual y transitoria, ciertas facultades especiales cada vez que el orden público y la

245M. Echegaray, *Fallos penales de la Corte Suprema de la Nación*, Abellido-Perrot, Buenos Aires, p. 778.

246Ibid., p. 684.

tranquilidad nacional se vean afectados por una situación conflictiva. Tales son los regímenes constitucionales de emergencia. Entendemos por *emergencia* aquella situación dentro de la cual se le entregan al Gobierno, por mandato constitucional, medios excepcionales para poner fin a una conmoción actual, de cualquier orden que ella sea, y que consiste principalmente en suspender o restringir las garantías individuales en la medida necesaria para devolver al país a la normalidad constitucional.

En el derecho de excepción andino se ha querido hacer ejecutor de la política de emergencia al Jefe de Estado y en esta delicada responsabilidad las Constituciones actuales le otorgan distintas facultades, pudiendo por ello en determinadas situaciones declarar perturbado el orden público y el estado de emergencia nacional²⁴⁷, apareciendo el estado de sitio con una inclusión considerable²⁴⁸; se observa, además, que podrá hacer uso del otorgamiento de facultades especiales²⁴⁹, estado de asamblea²⁵⁰, estado de excepción²⁵¹.

a) Estado de sitio:

El estado de sitio (visto ya en alguna medida en el IV.4.1), que nace como una medida bélica respecto de territorios en disputa, pasó a ser una facultad propia del Ejecutivo como medio de defensa interior, después de la Revolución Francesa y seguramente bajo el recuerdo de las facultades extraordinarias que se daban a los dictadores romanos de la República cuando salvaban la ciudad de cualquier eventualidad.

La declaración de estado de sitio ha pasado a ser en la Constitución francesa de la V República una prerrogativa del Ejecutivo. Dispone el art. 36: «El estado de sitio será decretado por el Consejo de Ministros. Su prórroga, después de 12 días, sólo podrá ser autorizada por el Parlamento». En cambio, la Constitución de Estados Unidos no legisla sobre esta institución.

b) Declaración de estado de sitio o suspensión de garantías:

La derogada Constitución colombiana de 1886 disponía en el art. 121 que el máximo mandatario de la nación, con la firma de todos los Ministros, podía declarar perturbado el orden

247Art. 23 y 42 de las Constituciones argentina y chilena, respectivamente.

248Art. 61 de la Constitución argentina, art. 40 de la Constitución chilena, art. 137.2 de la Constitución peruana.

249Constitución política del Ecuador (art. 175 y sus 8 apartados).

250Constitución política de Chile (art. 40).

251Constitución política de Bolivia (art. 137).

público y en estado de sitio el país pero, para ejercer las facultades que le concedía tal situación de emergencia, debía previamente convocar al Congreso en el mismo acto declaratorio de la emergencia²⁵².

Durante el estado de sitio, el presidente de la República estaba facultado para dictar disposiciones de Ley, aunque sólo de carácter transitorio, lo que constituía una novedad en la legislación americana, pues se prescindía de una legislación delegatoria para cumplir con tales fines. Bastaba que se produjera una causal de emergencia y se decretase el estado de sitio para que el presidente legislara. Estos decretos, en virtud del estado de sitio, suspendían la vigencia de las leyes incompatibles con dicho estado, pero no las derogaban. Cuando se declaraba restablecido el orden público, dejaban de regir los decretos de carácter extraordinario que se hubieran dictado y recobraban su vigencia las leyes suspendidas²⁵³.

Los representantes del pueblo encargados de elaborar y aprobar el actual texto constitucional (1991), conscientes, sabedores de que el estado de sitio había acumulado un pasado de larga represión, recorte de derechos y libertades contra ciudadanos decepcionados de la clase política, decidieron «extirparlo» y excluirlo definitivamente; después de todo, «las normas constitucionales no son asépticas porque están influidas, e inspiradas, por afirmaciones de índole político-social que expresan el *telos* constitucional concretado, según la coyuntura política y los resultados electorales, por el Gobierno controlado por las Cortes Generales»²⁵⁴.

El constituyente colombiano, después de haber hecho prescindencia del estado de sitio, ha creado en la nueva Constitución de su país el estado de excepción de la «conmoción interior», «con la expresa indicación de que durante su vigencia –que sólo faculta a legislar al Ejecutivo– no quedan en suspenso los derechos humanos ni las libertades fundamentales (artículo 214)»²⁵⁵. Añadiremos lo expresado por la Constitución de Venezuela, la misma que en su artículo 337

252El estado de sitio otorgaba al presidente facultades que rebasaban la restricción de las garantías constitucionales.

253La disposición colombiana era, a nuestro juicio, uno de los preceptos que entregaba al presidente mayores atribuciones en caso de emergencia, que muchas veces derivó en una legislación de otro tipo. En el mes de agosto de 1965, observamos que el Gobierno colombiano, con el pretexto de la Legislación de Emergencia, dictó una serie de Decretos con Fuerza de Ley, en materia económica, que evidentemente tenían otras finalidades distintas que hacer frente a una conmoción interna.

254P. Lucas Verdú, *Estimativa y política constitucionales*, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1984, p. 63.

255*Las Constituciones latinoamericanas*, t. I, estudio introductorio de H. Quiroga Lavié, 2ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 1994, pp. 70-71.

concede la atribución a su presidente para que, en Consejo de Ministros, pueda decretar los estados de excepción: «en tal caso, podrán ser restringidas temporalmente las garantías consagradas en esta Constitución, salvo las referidas a los derechos a la vida, prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los derechos humanos intangibles». Y yendo más allá, por imperativo legal, el decreto que declare el estado de excepción «cumplirá con las exigencias, principios y garantías establecidos en el Pacto Internacional De Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos» (art. 339).

Son tres las Cartas Magnas que conceden al presidente de la República la prerrogativa de declarar el estado de sitio y la suspensión de garantías: la argentina (art. 23), la chilena (art. 40), la peruana (art. 137.2).

c) Causas que pueden motivar la emergencia:

El conjunto de éstas es bastante variopinto, ofrece diversidad de aspectos: «en caso de conmoción interior o de ataque exterior»²⁵⁶; «en caso de peligro para la seguridad del Estado, amenaza externa, conmoción interna o desastre natural»²⁵⁷; «en caso de guerra exterior [...] de guerra interna o grave conmoción interior»²⁵⁸; «en caso de grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana»²⁵⁹; «en caso de agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural»²⁶⁰; «en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación»²⁶¹; «cuando se produzcan catástrofes, calamidades públicas u otros acontecimientos similares que pongan seriamente en peligro la seguridad de la Nación o de sus ciudadanos [...] cuando se susciten circunstancias económicas extraordinarias que afecten gravemente la vida económica [...] en caso de conflicto interno o externo, que ponga seriamente en peligro la seguridad de la

256Art. 23 de la Constitución de la Argentina.

257Art. 137 de la Constitución de Bolivia.

258Art. 40 de la Constitución de Chile. Además, en el 41 se impone «en caso de calamidad pública» y el 42 «en caso de grave alteración del orden público o de grave daño para la seguridad de la Nación».

259Art. 213 de la Constitución de Colombia. Se agrega que cuando sobrevengan hechos que «perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública» (art. 215).

260Art. 164 de la Constitución del Ecuador.

261Art. 137.1 de la Constitución del Perú. Amplía: «en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan» (apartado 2).

Nación, de sus ciudadanos o de sus instituciones»²⁶².

El establecimiento en las Cartas de la región andina de la facultad de declarar la emergencia por el solo hecho de temerse alguna anormalidad institucional capaz de poner en jaque al régimen constitucional es peligroso ya que, ante cualquier amenaza, los gobernantes encontrarían el pretexto suficiente y la justificación constitucional consiguiente para suprimir las garantías constitucionales y convertir así un gobierno legal en su origen, en una dictadura.

d) Aplicación del estado de emergencia:

Para que el estado de emergencia empiece a caminar requiere del binomio espacio-tiempo (que a su vez son dos de sus principales efectos); es decir, el territorio en que está destinado a regir y el plazo durante el cual se encontrará vigente. Respecto al primero, las Constituciones andinas señalan aquél en que las circunstancias lo requiriesen²⁶³ y, en cuanto al plazo, algunas lo indican taxativamente²⁶⁴ y otras encomiendan su fijación a la ley o al decreto que lo declara: en todo caso, su duración es limitada, subsiste mientras duran las causas de emergencia; un ejemplo indubitable lo tenemos en el art. 40 de la Constitución chilena: «La declaración del estado de sitio sólo podrá hacerse por un plazo de 15 días, sin perjuicio de que el Presidente de la República solicite su prórroga». Otro de los efectos de la situación de emergencia lo representa la suspensión de garantías (art. 23 de la Constitución de la Argentina). Finalmente, podríamos citar como efecto positivo lo prescrito por la Constitución de Venezuela: «La declaratoria del estado de excepción no interrumpe el funcionamiento de los órganos del Poder Público» (art. 339).

e) Responsabilidad especial:

Si atendemos al abuso que los gobernantes andinos muchas veces hacen de las situaciones de emergencia, lógico es establecer responsabilidades de quienes realizan la política de emergencia. Resulta vergonzoso el desempeño arbitrario de gobernantes, «como por ejemplo en Venezuela en la época de Rómulo Betancourt, o en Argentina después de la caída de Arturo Illía [...], o en Bolivia en que Hugo Banzer, en su primera legislatura –ilegal– asumía poderes extraordinarios que no le otorgaba la Constitución»²⁶⁵. En esta materia son explícitas las constituciones boliviana y colombiana (art. 139.2, art. 214.5, respectivamente).

262Art. 338 de la Constitución de Venezuela.

263Art. 42 de la Constitución de Chile.

264Art. 338 de la Constitución de Venezuela.

265R. Garzaro, *La Sub-América*, Aconcagua, México D.F., 1972, p. 221.

f) Otras facultades que otorga al presidente de la República el estado de emergencia:

La Carta ecuatoriana (art. 165.6) otorga al presidente facultades para aumentar el ejército y llamar al servicio a las reservas.

En este mismo artículo, se dispone de facultades financieras; además, establece en su apartado 1 la posibilidad de efectuar una recaudación anticipada de tributos; en el apartado 2, la probabilidad de utilizar los fondos públicos destinados a otros fines; en el apartado 3, la opción de trasladar la sede del Gobierno; y en el apartado 7, la de habilitar o cerrar puertos o aduanas.

Por último, la Carta colombiana, en su artículo 215, dispone que en tal emergencia el presidente de la República está facultado a dictar decretos con fuerza de ley y puede, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes. Éstos decretos pueden volverse permanentes si así lo decide el Congreso.

1.1.2 Delegación de facultades legislativas al presidente de la República

La delegación de facultades legislativas del Congreso al presidente de la República no tiene consagración mayoritaria en las Constituciones andinas.

Las Cartas que niegan estas facultades lo hacen en diversos términos; en ningún caso podrá delegar el Congreso a uno o a muchos de sus miembros, ni a otro Poder, las atribuciones que tiene por esta Constitución, sostiene la boliviana (art. 62).

Pero donde con más vigor se niega esta situación es en la Carta argentina (art. 29): «El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna». Asimismo, este artículo establece una curiosa sanción: «Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la Patria».

En relación con las Leyes Fundamentales que autorizan expresamente la delegación de

facultades legislativas al presidente de la República, cabe distinguir la situación insertada en la Constitución peruana (art. 104): «El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa». La Constitución colombiana precisa a este respecto que corresponde al Congreso, art. 150, apartado 10, «revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara».

Como síntesis final de la facultad del Ejecutivo dentro del régimen de emergencia, debemos distinguir en América andina:

- facultades propias de la declaración de estado de sitio, de emergencia nacional, de asamblea o de suspensión de Garantías Individuales;
- facultades especiales como las referidas en la Carta de Ecuador (art. 165);
- facultades en virtud de la delegación legislativa, como las ya señaladas en Perú y Colombia;
- facultades provenientes de la aplicación de leyes que, con carácter permanente, se han dictado en los países andinos para velar por la seguridad del Estado, como fuera la Ley de Seguridad Interior del Estado de Chile.

1.2 Los gobiernos *de facto* y su poder ejecutivo abusivo en el ejercicio de los estados excepcionales

Los estados de excepción en América andina han sido muchas veces el prólogo o el medio para la preparación de golpes de Estado que han terminado reiteradamente con la plena vigencia del Sistema Constitucional, sirviéndose de esto como instrumento perfecto para los futuros gobiernos *de facto*. «La expresión *gobierno de facto* transmite, en forma inmediata, la idea de antijuridicidad. En materia política, lo que es *de facto* está en oposición a lo que es *de iure*. Así, aplicando el mismo criterio, se denomina *gobierno de facto* a aquél que ha llegado al ejercicio del poder sin seguir los procedimientos establecidos en la Constitución»²⁶⁶. Los

266A. G. Ziulu, *Derecho Constitucional*, t. II, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 329.

períodos *de facto* –auténtica lacra de la sociedad– en la parte andina de América se han sucedido con una frecuencia alarmante; la duración de esas épocas de letargo constitucional ha sido cada vez más extensa, y sus efectos, más amplios y graves dentro de su vida republicana.

Producidos los golpes de Estado, el gobierno *de facto* y su respectivo ejecutivo, so pretexto de mantener incólume el orden, la paz interna, no tarda en hacer uso y abuso de sus facultades para someter a la población a un estado de excepción permanente.

Sobre este mal crónico se ha llegado a adquirir tal nivel que hoy se exige que la amenaza que dé lugar a la proclamación del estado de excepción sea realmente excepcional, que las medidas tomadas sean proporcionadas y no discriminatorias, y que se respeten una serie de derechos intangibles: «Sobre la intangibilidad de ciertos derechos fundamentales, las Convenciones Europea y Americana de Derechos Humanos coinciden en asignar ese carácter a cuatro de ellos: la vida, la no tortura, la no esclavitud y la no retroactividad de la ley penal. Paradójicamente es la Convención Americana, continente donde últimamente han resultado más afectados los derechos humanos, la que avanza más en la inclusión de derechos intangibles, agregando los de la personalidad jurídica y la libertad de conciencia y de religión».

«Se sostiene en beneficio de la posición de intangibilidad que si en el derecho humanitario de la guerra hay reglamentaciones o límites como el de la prohibición de torturar a los prisioneros (artículo 3º de la Convención de Ginebra), con mayor razón en el derecho de excepción que regula crisis generalmente menos graves, hay que imponer límites»²⁶⁷.

Los regímenes dictatoriales golpistas –casi siempre militares– conculcan todos los principios que rigen al estado de excepción y que hacen que el shock traumático sea mayor. Uno de esos principios sacrificados es el de la proporcionalidad, tornándose la represión en brutal e ilegal. El principio de proporcionalidad –como manifestamos en el capítulo IV, apartado 2– hace referencia a la necesidad y adecuación de las medidas que se toman para conjurar la crisis. No se puede tomar cualquier tipo de medidas sino las que sean necesarias y guarden proporción con la crisis. «En 1982 el Comité de Derechos Humanos de la ONU estimó que ese principio debía ser apreciado en concreto, al cuestionar un informe del gobierno chileno in abstracto, en el que

267F. Tocora, op. cit., p. 253.

presentaba la forma idealizada y abstracta el cuadro jurídico que debía proteger los derechos civiles y políticos en Chile, sin contener ninguna referencia al modo como las normas jurídicas eran aplicadas en la práctica»²⁶⁸.

Finalmente, nos parece indispensable incorporar la perspectiva democrática dentro de las Fuerzas Armadas. Ello supondría, en la práctica, abandonar resueltamente los resabios del modelo de Fuerzas Armadas «prusiano-francés» existente todavía formalmente hasta hoy, y sustituirlo por el llamado modelo «americano», es decir, unas Fuerzas Armadas no sólo preocupadas por las típicas labores de defensa y seguridad nacional, sino además comprometidas con la plena vigencia de la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos.

Para lograr dicho objetivo, la educación ha de jugar un papel fundamental. Será necesario realizar una profunda reforma en los planes de estudios de los diversos institutos castrenses, de manera tal que los nuevos oficiales y suboficiales salgan al servicio activo imbuidos de sólidos valores democráticos.

A tal efecto, es imprescindible que los efectivos militares tengan plenamente asumido su carácter no deliberante, la subordinación a la Constitución de la República y el respeto a los derechos humanos. En suma, de lo que se trata es de ideologizar democráticamente a las Fuerzas Armadas. En este sentido, creemos que resultaría pertinente modificar el artículo correspondiente de la Constitución en los siguientes términos: «Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional no son deliberantes. Están subordinadas al poder constitucional»; «ningún miembro de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional debe obediencia a una orden que vulnera la Constitución del Estado y los derechos humanos».

Una disposición de tal naturaleza es perfectamente posible en la Constitución de un Estado democrático de Derecho. Como afirma Jhonny Zas Friz Burga, «con ella no se busca incentivar la insubordinación entre los efectivos militares y policiales, sino por el contrario se busca crear conciencia sobre la importancia del respeto a los derechos fundamentales»²⁶⁹.

²⁶⁸Ibíd., p. 254.

²⁶⁹R. Chiri Márquez, «Democracia, ciudadanía y fuerzas armadas en el Perú del siglo XXI», en *Las tareas de la transición democrática*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 2001, p. 251.

1.2.1 Una larga perversión

La perversión o desnaturalización de los estados de excepción se convirtió en un fenómeno que podríamos atrevernos a calificar como bastante repetido en el escenario de la América andina²⁷⁰, mal que empezaría a remitir, con sus luces y sombras, a finales del siglo pasado como resultado del lento reforzamiento de su sistema democrático.

Los estados de excepción no terminan de cumplir su finalidad, es decir, la posibilidad de la suspensión de determinados derechos en sacrificio de otros considerados más fundamentales hasta conseguir el restablecimiento de la normalidad (las políticas antisubversivas de los presidentes Uribe y Santos vienen siendo objeto de muy duras críticas en el recurso desproporcionado de los estados de excepción con el cometido de querer acabar a cualquier precio con las guerrillas de las FARC en Colombia). En la región andina fue durante largo tiempo instrumentalizado el mecanismo de los estados de excepción no para proteger la conservación e integridad de los Derechos Humanos considerados más fundamentales, sino para todo lo contrario, para que tales derechos pudieran ser violados por los estados impunemente.

Cuando se reflexiona sobre la realidad de esta parte del mundo, nos encontramos en numerosas ocasiones que, junto al fenómeno de la perversión de tales estados, aparecen diversas manifestaciones o formas de los estados de excepción que suponen claras desviaciones del modelo original. A título ejemplificativo, nos vale la alusión a alguna de estas formas de desviación como son las que a continuación se mencionan:

- Estados de excepción no notificados: se producen cuando los Estados no notifican de la forma pertinente la declaración del correspondiente estado de excepción, de tal forma que se impide la posible actuación de los órganos de supervisión internacional.
- Estados de excepción de hecho: nos encontramos ante un estado de excepción que se mantiene en el tiempo, a pesar de haber sido proclamado oficialmente y luego haberse suspendido.
- Estados de excepción permanentes: suponen una verdadera contradicción, pues implican la permanencia de una situación que nace con vocación de temporalidad. Son estados de

²⁷⁰«[...] por paradójico que parezca, lo excepcional en el Perú no es vivir en un estado de excepción», indica Power Manchego-Muñoz en lo atinente a la realidad de su país. (J. Power Manchego-Muñoz, *Constitución y estados de excepción*, Asociación Acción y Pensamiento Democrático, Lima, 1990, p. 17).

excepción que se perpetúan, bien por una prórroga sistemática de hecho, bien porque la Constitución no prevé ninguna limitación temporal para los mismos.

- Institucionalización de los estados de excepción: lo que se pretende teóricamente con tal institucionalización es facilitar la transición a un sistema democrático, pero lo que en la práctica se consigue es desembocar en un «orden constitucional» de tendencia autocrática.

Lo que interesa no es tanto las diversas formas de desviaciones de los estados de excepción que han ido surgiendo en el marco andino, como el examinar el alcance que la aplicación desnaturalizada de estas medidas de excepción unida a tales desviaciones ha supuesto en las instituciones y en el Estado de Derecho. Alcance que puede verse reflejado en las reflexiones que a continuación se exponen:

- Mutación del Estado de Derecho.
- Mutación institucional que implica la subordinación de los poderes Judicial y Legislativo al poder Ejecutivo, y de éste al poder Militar –muchas veces–. De tal manera que la separación de poderes se convierte en jerarquización de poderes.
- Acusada falta de independencia del poder judicial, lo que entraña una grave obstaculización de la acción de la justicia y del derecho a un proceso justo.
- El poder Ejecutivo actúa impunemente sin sujeción a principio alguno de legalidad: legalidad parece transformarse en arbitrariedad.
- Intervención de Tribunales militares, los cuales no conocen la independencia e imparcialidad para juzgar a civiles.

«Ante la gravedad de las consecuencias que la desnaturalización de los “estados de excepción” provoca en el Estado de Derecho es del todo urgente adoptar las medidas y precauciones necesarias que nos ayuden a atajar o, al menos, a aminorar las fatales consecuencias que estos fenómenos implican para una convivencia democrática», afirmaba años atrás Juana Goizueta Vertiz, y agregaba: «[...] la resolución del problema debe empezar por reconocer la necesidad que durante estas situaciones de emergencia, el poder judicial goce de independencia real a fin de impedir que discrecionalidad se confunda con arbitrariedad y asegurar a los ciudadanos la protección de sus derechos fundamentales»²⁷¹.

271J. Goizueta Vertiz, «Los estados de excepción en América Latina; los controles desde el derecho internacional», en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, n° 98, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín

1.2.2 El terrorismo como una «buena excusa»

Cada vez que se ha producido un golpe de Estado –llevado a cabo las más de las veces por un castrense²⁷²–, el nuevo grupo insurrecto ha disuelto los Congresos, ha abrogado la Constitución y las leyes que ha querido, y el sistema constitucional ha quedado sin efecto: muchas veces su gran pretexto ha sido que el Estado se estaba viendo asolado por la subversión o el terrorismo. Si es verdad que Colombia y Perú han sido lugares donde el terrorismo ha pasado a ser un fenómeno de dimensión considerable, la comunidad andina en general no ha experimentado la cantidad y magnitud de acciones terroristas como se pudieron apreciar ya en los últimos 25 años del siglo XIX y principios del XX en USA, Europa y, especialmente, Rusia²⁷³.

El nuevo usurpador o tirano, quien robándole la soberanía al pueblo, pasa a ejercerla, no porque haya un acto formal y expreso de autorización por parte del pueblo, sino porque él «siente» que conoce y representa, mejor que el pueblo mismo, cuáles son los «verdaderos» intereses de éste²⁷⁴; es él –el usurpador– quien representa la parte más sana, incontaminada y lúcida de la Nación: quien encarna sus mejores valores y quien sabe lo que al pueblo «realmente» le conviene. El dictador de turno, en estrictez, pisotea la ley para someter a su pueblo a su entero capricho²⁷⁵.

El poder de legislar lo adquiriría entonces el Jefe del Ejecutivo y lo va a ejercer bajo Decretos-Leyes, que era una forma muy frecuente de emitir normas jurídicas en los países andinos. Estos Decretos-Leyes, de acuerdo a la Sistemática Jurídica, deben ser ratificados por el

(1997), p. 189.

272Aunque el general Gutiérrez Mellado cree que «como sucede siempre en las rebeliones, los civiles están detrás envenenando a los militares y permaneciendo en la sombra. Tal vez a la espera de un ministerio» (A. Pérez Henares y otros, *Luces y sombras del poder militar en España*, Temas de hoy, Madrid, 1989, p. 70).

273A. Camus, *El hombre rebelde*, trad. de J. Escué, 1ª reimp., Alianza, Madrid, 2002, pp. 195-205.

274«Estos regímenes que hacen profesión de restablecer o de imponer “el orden” (un orden que Augusto Comte sin duda habría desautorizado), como objetivo prioritario, son de esencia antiprogresista y tienden (más o menos deliberadamente) a conservar y a fijar las estructuras económicas y sociales y, por tanto, las mentalidades arcaicas en un tradicionalismo agresivamente nacionalista» (J. Lafaye, op. cit., p. 205).

275Habría que recordarle a todo usurpador de soberanía las palabras de John Locke: «Allí donde hay criaturas capaces de regirse por leyes, si la ley no existe, tampoco hay libertad. Pues la libertad consiste en estar libre de la violencia de los otros, lo cual no puede lograrse donde no hay ley. Mas la libertad no es, como se nos ha dicho, la falta de impedimentos que cada hombre tiene para hacer lo que guste» (J. Locke, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, op. cit, cap. 6, parágrafo 57, p. 79). Porque todos coincidimos en que «en una sociedad civil, ningún hombre puede estar exento de las leyes que la rigen» (ibíd., cap. 8, parágrafo 94, p. 110).

primer Parlamento que se reúna para que adquieran validez plena. La historia demuestra que los Parlamentos elegidos después de un golpe de Estado son incondicionales al grupo que tomó el poder por la fuerza; a ese grupo que, de acuerdo con las leyes, estaría delinquiendo, porque ha consumado lo tipificado como delito de rebelión. En Derecho Penal, «son reos de rebelión los que se alzan públicamente y en abierta hostilidad contra el gobierno para cualquiera de los objetos siguientes: 1º Destituir al Presidente de la República u obligarle a ejecutar un acto contrario a su voluntad. 2º Impedir la libre celebración de elecciones para cargos públicos en toda la Nación. 3º Disolver el Congreso o impedir que se reúna o delibere, o arrancarles alguna resolución. 4º Sustraer de la Nación o parte de ella algún cuerpo de tropa o cualquier otra clase de fuerza armada, a la obediencia del Gobierno. 5º Usar y ejercer por sí o despojar a los ministros de sus facultades o impedirles o coartarles su libre ejercicio».

De acuerdo con la pena que prescriben los Códigos Penales para los autores del delito consumado de rebelión, los autores de un golpe de Estado recibirían el grado máximo de dicha pena. En otras palabras, los autores de golpes de Estado, de acuerdo con su acción en relación a los Códigos Penales, son reos de rebelión.

Los usurpadores del poder legítimo acudían a menudo a la suspensión de las garantías constitucionales, aduciendo la aparición de grupos subversivos o terroristas que querían destruir al Estado, cuando temían que su permanencia en el poder estaba en peligro, o bien para anular a los partidos de oposición. Las Constituciones facilitaban esta acción permitiendo que a discreción del Jefe del Estado se declarase estado de sitio, estado de emergencia, estado de excepción, o simplemente suspensión de las garantías constitucionales. Se privaba en forma oficial a los ciudadanos de muchos de los derechos que les reconoce la Constitución. Estas medidas represivas se emplearon reiteradamente, aun por los grupos gobernantes que se declaraban respetuosos de los derechos y libertades humanos y ciudadanos. Mientras, en esos estados excepcionales se cometían verdaderos atropellos en contra de los ciudadanos. Para no engañarnos, «los terroristas son los que menos temen a los estados de sitio y otros»²⁷⁶.

Los gobiernos *de facto* andinos acostumbraban a restringir garantías constitucionales

276R. Garretón Merino, «Los estados de excepción al servicio de la doctrina de la seguridad nacional. La experiencia chilena», en *Estados de emergencia en la región andina*, Comisión Andina de Juristas, Lima (1987), p. 150.

como éstas: a) El deber de los ciudadanos de acatar únicamente las disposiciones jurídicas establecidas; b) El derecho a gozar de libertad física y en caso de arresto, que medie orden judicial y se ponga inmediatamente a disposición de los Tribunales (cuando se declaraban estados excepcionales, cualquier persona podía ser apresada y detenida por el tiempo que quisieran las autoridades policiales y/o militares); c) El derecho a tener un defensor desde el principio de una detención policial o de las diligencias judiciales; d) El derecho a la inviolabilidad del domicilio; e) El derecho a la inviolabilidad de la correspondencia y de los documentos y libros privados; f) Derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional y a entrar y salir del mismo; g) El derecho a reunirse pacífica o a manifestarse públicamente (cuando oficialmente se restringe este derecho la situación es clara, pero los medios de que disponen los grupos gobernantes para impedir esas dos acciones son múltiples, aunque no siempre *de iure*, sí *de facto*); h) El derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción; i) El derecho a portar armas (en tiempos ordinarios hace falta autorización oficial para portarlas, por tanto, en situaciones excepcionales es fácil saber quiénes las poseen, y si son adversarios políticos, la represión se facilita).

En América andina fue frecuente que cada grupo que se instalaba en el poder tras un golpe de Estado se llamase a sí mismo revolucionario. Esta actitud obedecía posiblemente a que los conservadores se avergonzaban de declararse públicamente como tales y creían que con la etiqueta el contenido era más atractivo para las masas. De ahí que hasta cuando la derecha extrema toma el poder, se autocalifica de régimen revolucionario. «Las dictaduras se esfuerzan por aparecer legitimadas por el orden jurídico, y acuden a la sencilla operación de dictar sus propias normas, con lo cual se salvan las apariencias»²⁷⁷.

Un palmario ejemplo de cómo las Fuerzas Armadas golpistas derriban regímenes políticos legalmente constituidos pretextando como «causa de su intervención salvadora» el acabar con el terrorismo lo apreciamos cuando el 24 de marzo de 1976, la junta militar argentina, en su 19 de 31 comunicados dictados en el primer día de posesión del máximo mando de la Nación, expresa: «Se comunica a la población que la Junta de Comandantes Generales ha resuelto que sea reprimido con la pena de reclusión por tiempo indeterminado el que por

²⁷⁷R. Garzaro, op. cit., p. 216.

cualquier medio difundiere, divulgare o propagare comunicados o imágenes provenientes o atribuidas a asociaciones ilícitas o personas o grupos notoriamente dedicados a actividades subversivas o al terrorismo».

Y ésa y otras dictaduras vecinas producirían luego regueros de sangre; las dictaduras militares andinas llevaron su inicua represión, persecución contra sus ciudadanos más allá del Estado que sojuzgaban y para esto no les importó someterse a la primera potencia del mundo, por ejemplo, en la tan conocida Operación Cóndor: el gobierno de Estados Unidos participó activamente en ella. El 22 de agosto de 1978 el servicio de inteligencia estadounidense envió a sus principales embajadas en Sudamérica la siguiente advertencia: «La Operación Cóndor es un esfuerzo cooperativo de inteligencia y seguridad entre muchos países del Cono Sur para combatir el terrorismo y la subversión. Los miembros originales incluían a los servicios de inteligencia de Chile, Argentina, Uruguay, Paraguay, Brasil y Bolivia, mientras que Perú y Ecuador se integraron después».

1.2.3 El caso argentino, la represión más sanguinaria de la zona andina

Después de la muerte de Perón, se hizo cargo de la presidencia su segunda mujer, María Estela Martínez (1974), cuyo gobierno desembocó en una situación de fracaso económico y político; tras derrocarla, el 24 de marzo de 1976, asumió el poder, como «órgano supremo de la Nación», una Junta de Comandantes de las tres Fuerzas Armadas integrada por el General Jorge Rafael Videla, el Almirante Emilio Eduardo Massera y el Brigadier General Orlando Ramón Agosti²⁷⁸. El primero, a su vez, fue designado con el título de presidente con la mayor parte de las funciones de los poderes ejecutivo y legislativo. «En ejercicio del poder constituyente», la Junta estableció un Estatuto al que deberían someterse todas las otras leyes incluida la Constitución²⁷⁹. Ese mismo primer día se impusieron la pena de muerte y los Consejos de Guerra

²⁷⁸Con la irrupción de estos nuevos golpistas se confirmaba una vez más la codicia por el poder que los uniformados de la República Argentina han arrastrado a lo largo de los dos últimos siglos (vid. C. Sánchez Viamonte, op. cit., pp. 208-211).

²⁷⁹La Constitución era puesta de rodillas provocada por un fenómeno multicausal; nos vale en esta apreciación la observación de Solari Yrigoyen: «El mal desempeño en las funciones de la presidenta debía ser juzgado por el Congreso, quien podía destituir la y nombrar un presidente provisional al que le tocaría convocar a las elecciones, previstas inicialmente para diciembre, y conducir el país hasta que sucediera el cambio legal de autoridades, es decir, hasta el 25 de mayo de 1977. Pero esta solución quedó descartada ante la decisión irreversible de las Fuerzas Armadas de tomar el poder. Los legisladores de la mayoría que enjuiciaban los manejos ilegítimos de fondos de la Sra. de Perón, no estaba dispuestos a iniciar un juicio político sin destino, que pudiera además ser invocado como pretexto para consumar el golpe. También la burocracia sindical, por boca de sus principales

(Ley 21.264).

El gobierno militar inició la llamada «Guerra Sucia» contra todos los que consideró opositores²⁸⁰. De la misma resultaron desaparecidas millares de personas. Al mismo tiempo, pretendió llevar a cabo una política económica de signo neoliberal, dentro de la línea del monetarismo de la escuela norteamericana de Chicago, para lo cual puso al frente del ministerio de Economía a Alfredo Martínez de Hoz. El resultado fue un crecimiento espectacular de la deuda externa, de la inflación y el empobrecimiento progresivo de la población. Argentina, así, presentaba un escenario apocalíptico y especialmente angustiante, la foto de una sociedad quebrada y en estado de paroxismo agudo, un país que suscitaba en las capitales del mundo rico una mezcla de piedad y espanto. En esta ocasión, convendremos que fueron sus ambiciosos militares los que clavarón el sarcófago en el que se hundiría²⁸¹.

En 1981, el General Roberto Viola sustituyó a su homólogo en armas Videla en la presidencia de la República, y éste a su vez fue reemplazado por el General Leopoldo a finales del mismo año.

El mismo 24 de marzo comenzaron los secuestros de personas y allanamientos sin orden judicial. Cientos de dirigentes gremiales y políticos fueron trasladados a prisión y puestos a disposición del PEN (Poder Ejecutivo Nacional)²⁸². Durante los días siguientes, otras centenas de delegados gremiales, estudiantes, obreros y militantes de los que se consideraba podían estar relacionados directa o indirectamente con la «subversión» fueron secuestrados por «grupos de tareas» de las Fuerzas Armadas y de Seguridad.

voceros, se opuso a encontrar una salida constitucional a la crisis apartando a la presidenta». H. Solari Yrigoyen, «El Ocaso de la Antidemocracia en la República Argentina», en *Nueva Sociedad*, nº 31-32 (1977), p. 78.

280 Con el término «Guerra Sucia» en la Argentina se designa internacionalmente de modo habitual al régimen de violencia indiscriminada, persecuciones, represión ilegal, tortura sistematizada, desaparición forzada de personas, manipulación de la información y terrorismo de Estado que caracterizó a la dictadura militar autodenominada Proceso de Reorganización Nacional, la cual gobernó al país entre los años 1976 y 1983. La moderna jurisprudencia argentina la ha definido como «genocidio».

281 Encontramos una explicación valedera, ilustrativa y convincente a efectos de conocer la situación jurídica, política y social de los militares argentinos en el trabajo de Germán J. Bidart Campos «El status constitucional de las Fuerzas Armadas en Argentina», en *Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica*, coordinadores G. J. Bidart Campos y J. F. Palomino Manchego, Editora Jurídica Grijley, Lima, 1997, pp. 37-58 (este trabajo se elaboró antes de la Reforma Constitucional de 1994).

282 «El esotérico ministro López Rega había creado la Triple A, fuerzas parapoliciales entrenadas para torturar. Los militares de la dictadura recibieron esa organización de manos de López Rega, y la perfeccionaron notablemente» (A. Dujovne Ortiz, «Argentina: Madres Coraje», en *El correo de la Unesco. Mujeres, la mitad del cielo*, septiembre (1995), p. 22).

El estado de sitio, con la suspensión de las garantías constitucionales, ya había sido declarado durante el gobierno de María Estela Martínez de Perón, por Decreto 1368/1974²⁸³. Pocos días después el gobierno militar sancionó la Ley 21.275 suspendiendo el derecho constitucional de opción a salir del país (Constitución Nacional, art. 23).

La Junta Militar dictó leyes y órdenes discrecionales, entre ellas disponiendo detenciones o cesantías masivas, en las que no se consideraba la razón de los actos (Leyes 21.258, 21.260, 21.262, 21.274, etc).

Ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, el gobierno militar explicó que era necesario vincular «el tema de los derechos humanos con la necesidad de reprimir el terrorismo y la subversión como medio para preservar la seguridad nacional»²⁸⁴.

Según el General Martín Balza, quien fuera jefe del Ejército entre 1991 y 1999, «la dictadura de 1976 concibió una actitud descentralizada para la ejecución. Actuaron como señores de la guerra. Como verdaderos señores feudales, instrumentando un plan sistemático para cometer crímenes de lesa humanidad»²⁸⁵.

El 6 de mayo de 1977, el General Alfredo Oscar Saint-Jean, gobernador militar de la Provincia de Buenos Aires, declaró al periódico inglés *The Guardian*: «Primero eliminaremos a los subversivos; después a sus cómplices; luego a sus simpatizantes; por último, a los indiferentes y a los tibios». Los procedimientos represivos que caracterizaron la guerra sucia en Argentina escandalizaron a la opinión pública mundial y causaron un gran desprestigio internacional de los militares argentinos. En realidad, se estableció un sistema descentralizado de

283Ya he escrito en torno al uso abusivo que suelen hacer gobernantes civiles y militares de los estados excepcionales en la región andina; pero ahora estamos viendo a la Argentina y sobre este asunto comenta Sánchez Viamonte: «Una tentativa insurreccional de carácter militar producida el 28 de setiembre de 1951 dio oportunidad al gobierno para declarar un «estado de guerra interno» que no estaba en la Constitución y cuya validez fue reconocida por los jueces. Alguno de ellos dijo que la voluntad del presidente era superior a los preceptos constitucionales.

La reforma constitucional de 1949 había mantenido el estado de sitio tal como era en la Constitución de 1853 y le había agregado un «estado de prevención y alarma». Se prescindió de todo eso y se improvisó el «estado de guerra interno» que, por el hecho mismo de no hallarse en la Constitución, adquiría un alcance ilimitado. En doctrina era desconocido e imposible de clasificar, pero sirvió para privar de libertad a innumerables ciudadanos a los que no se procesaba pero que estaban a «disposición del Poder Ejecutivo» (C. Sánchez Viamonte, op. cit., pp. 213-214).

284Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1979.

285M. A. Balza, «Memorias de un general retirado», en *II Congreso Internacional sobre Víctimas del Terrorismo*, Colombia, 2005, p. 63.

represión, a cargo de las zonas y áreas militares, en el que cada jefe militar tenía carta blanca para ejecutar el plan represivo²⁸⁶.

La desaparición forzada fue el régimen que caracterizó al Proceso de Reorganización Nacional. Más del 95% de los asesinatos y detenciones fueron intencionadamente ocultados.

En Argentina, durante la guerra sucia, la práctica habitual era detener ilegalmente y en secreto, a través de equipos militares especiales (GT: Grupos de Tareas), a los opositores y enviarlos a centros clandestinos de detención (CCD) donde inevitablemente eran torturados. Luego de un tiempo el prisionero o prisionera, o bien era asesinado, también en forma clandestina y sin guardar registros del momento y lugar, o bien era «blanqueado» y pasaba a una cárcel legal haciéndose pública su situación, o directamente liberado.

Un caso especial son los hijos de desaparecidos, hijos pequeños de los opositores secuestrados, respecto de los cuales se sabe que la mayoría no fueron asesinados, y se entregaron clandestinamente a padres adoptivos, suprimiéndoles su identidad. La mayor parte de esos niños aún continúan desaparecidos; se estima su número en unos 500. Las Abuelas de Plaza de Mayo encontraron hasta noviembre de 2009, 98 niños desaparecidos²⁸⁷.

La tortura fue un componente central del plan represivo del gobierno militar. Los centros clandestinos de detención fueron creados y diseñados para poder practicarla ilimitadamente. Al redactar el famoso informe *Nunca más* en 1984, los miembros de la Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas (CONADEP) no pudieron evitar sobreverse ante el «inmenso muestrario de las más graves e incalificables perversiones» que tenían ante sus ojos, y debatieron el modo de evitar que ese capítulo del informe se convirtiera en una enciclopedia del horror²⁸⁸.

El capítulo V (Derecho a la seguridad e integridad personal), punto D (Apremios ilegales y torturas), del Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) del 14 de diciembre de 1979, está dedicado precisamente a registrar los casos de tortura que le fueron denunciados.

²⁸⁶Ídem.

²⁸⁷«Abuelas de Plaza de Mayo encontró otro nieto», en *Clarín* (21 de septiembre de 2006).

²⁸⁸Informe Nunca Más, CONADEP, Buenos Aires, 1984, p. 26.

Los «vuelos de la muerte» fueron un sello atroz de la guerra sucia en Argentina. Mediante los mismos, cientos de detenidos-desaparecidos vivos y drogados fueron tirados al mar desde aviones militares. Las evidencias sobre el asesinato de opositores arrojándolos desde aviones son incuestionables y no hay controversia sobre ello. Ya en 1977, durante el régimen militar, aparecieron varios cuerpos en las costas de los balnearios atlánticos de Santa Teresita y Mar del Tuyú, unos 200 km al sur de la Ciudad de Buenos Aires. Los cadáveres fueron enterrados raudamente como NN en el cementerio de General Lavalle, pero previamente los médicos policiales que intervinieron informaron que la causa de muerte se debió al «choque contra objetos duros desde gran altura».

En 1995, un marino de la ESMA, Adolfo Scilingo, se quebró emocionalmente y le relató extensamente al periodista Horacio Verbitsky, el modo como se aplicaba una metodología de exterminio denominada por sus propios autores como vuelos. Su relato fue publicado como libro, con el título de *El vuelo*²⁸⁹. Debido a estas confesiones, Scilingo resultó condenado a 640 años de prisión en España, donde se encuentra cumpliendo su pena.

Scilingo, en sus testimonios, detalla el procedimiento, la autorización de la Iglesia Católica²⁹⁰, la utilización de inyecciones, el tipo de aviones (Electra, Skyvan), la amplia participación de los oficiales, la utilización del aeropuerto militar que se encuentra en Aeroparque (Ciudad de Buenos Aires), entre otros detalles:

«—¿Cuál ha sido su primer conocimiento sobre los vuelos de la muerte de la ESMA?

— Los vuelos fueron comunicados oficialmente por Mendía (vicealmirante de la Armada) pocos días después del golpe militar de marzo de 1976. Se informó que el procedimiento para el manejo de los subversivos en la Armada sería sin uniforme y usando zapatillas, jeans y remeras. Explicó que en la Armada no se fusilarían subversivos ya que no se quería tener los problemas sufridos por Franco en España y Pinochet en Chile. Tampoco se “podía ir contra el Papa” pero se consultó a la jerarquía eclesiástica y se adoptó un método que la Iglesia consideraba cristiano, o

289H. Verbitsky, *El vuelo*, Planeta, Buenos Aires, 1995, p. 103.

290Las Madres de la Plaza de Mayo dieron un ejemplo de lucha contra la dictadura militar de su país. «Cuando Scilingo relató que había sacerdotes a bordo de los aviones de la Marina que tiraban prisioneros desnudos y drogados al Río de la Plata, ellas se desviaron de la Plaza, entraron a la Catedral y entonaron a coro una plegaria extraña, pero profundamente religiosa. Tras desgranar los nombres de los obispos y sacerdotes cómplices de la dictadura —nombres que ellas conocían de memoria porque lo saben todo—, agregaban la siguiente letanía: “No los perdones, Señor, porque obraban en Tu nombre”». A. Dujovne Ortiz, op. cit., p. 24.

sea gente que despegue en un vuelo y no llega a destino²⁹¹. Ante las dudas de algunos marinos, se aclaró que “se tiraría a los subversivos en pleno vuelo”. Después de los vuelos, los capellanes nos trataban de consolar recordando un precepto bíblico que habla de “separar la hierba mala del trigo”»²⁹².

Si bien existen pocos datos, la desaparición de los cadáveres de los detenidos-desaparecidos arrojándolos al mar desde aviones parece haber sido un método generalizado, además de las tumbas clandestinas. La Fuerza Aérea uruguaya reconoció en 2005 que se realizaban vuelos de la muerte en combinación con las Fuerzas Armadas argentinas (Operación Cóndor)²⁹³.

En 2005 se probó por primera vez el itinerario seguido por un grupo de víctimas asesinadas mediante vuelos de la muerte. El Equipo Argentino de Antropología Forense (EAAF) identificó los restos de las madres de Plaza de Mayo Esther Ballestrino, María Eugenia Ponce y Azucena Villaflor²⁹⁴, determinando que las mismas habían sido secuestradas en Buenos Aires, detenidas y torturadas en la ESMA y arrojadas vivas al mar desde un avión frente a las playas de Mar del Tuyú.

291Faltaríamos a la verdad al sostener que la Iglesia Católica como institución apoyó esta masacre. En mayo de 1977, «la Iglesia Católica, que congrega a la mayoría de la población argentina, dio a conocer un documento pastoral titulado “Reflexión cristiana para el pueblo de la Patria”. En él se llama la atención por “la inadmisible ligereza con que algunas veces se califica y vincula a sacerdotes y obispos con ideologías irreconciliables con la Fe”. La reacción eclesiástica obedece a que la calumnia con el intento de justificar detenciones arbitrarias también ha caído con frecuencia en miembros de la Iglesia. El documento denuncia la grave crisis que vive el país en materia de derechos humanos y los falsos patrones con que se miden sus violaciones. “Un concepto equivocado de la seguridad personal o social, ha llevado a muchas conciencias a tolerar y aún a aceptar la violación de elementales derechos del hombre, creado a imagen de Dios; así como ha llevado también a admitir la licitud del asesinato del enemigo, la tortura moral y física, la privación ilegítima de la libertad o la eliminación de todos aquellos de los que pudiera presumirse que son agresores de la seguridad personal o colectiva. Ninguna teoría acerca de la seguridad colectiva, a pesar de la importancia de ésta, puede hacer naufragar los derechos de la persona, ya que el orden social y su progreso, así como el orden de las cosas, debe subordinarse al orden de las personas y no al contrario”». La Iglesia Católica no pudo escapar de las fauces del victimario militar; ¡cómo olvidar que en 1976, en la iglesia de San Patricio en el barrio de Belgrano en Buenos Aires, tres sacerdotes y dos seminaristas de la orden palotina fueron asesinados! «Cuando el 27 de setiembre del mismo año el embajador argentino presentó credenciales, Paulo VI expresó su consternación. “Como Padre común –dijo– no podemos dejar de participar intensamente en la pena de todos aquellos que han quedado consternados ante los recientes episodios que han costado la pérdida de valiosas vidas humanas, incluidas las de diversas personalidades eclesiásticas, hechos éstos acaecidos en circunstancias que todavía esperan una explicación adecuada. Al mismo tiempo deploramos vivamente este aumento de ciega violencia que en los últimos tiempos ha turbado de manera grave la vida del pueblo argentino”». H. Solari Yrigoyen, op. cit., pp. 86-87.

292M. Castellano, entrevista a Adolfo Scilingo el 4 de octubre de 1997, *La opinión de Rafaela* (27 de enero de 2005).

293«Uruguay: la Fuerza Aérea admite que hubo vuelos de la muerte», en *Clarín* (10 de agosto de 2005).

294«Por primera vez hallan cuerpos de vuelos de la muerte», *Río Negro* (9 de julio de 2005).

En la cultura popular se ha establecido el número de 30.000 desaparecidos²⁹⁵, suma que es sostenida por las organizaciones de derechos humanos, las fuerzas políticas de izquierda y centro-izquierda, las organizaciones estudiantiles y los sindicatos, a las que pertenecían la mayor parte de las víctimas.

He considerado a esta dictadura como la peor de la región andina, incluso fue más lejos que la de Pinochet; «los crímenes de Videla y compañía fueron más horribles todavía; y además los dictadores ni tuvieron éxito económico ni cedieron poder tras un voto popular contrario. Sólo cayeron al hacer un ridículo espantoso ante la señora Thatcher en las Malvinas»²⁹⁶.

2. Los derechos humanos en la región andina

Llegado este punto, no ocultamos el inmenso interés que representa la cuestión de los derechos humanos, poniendo el acento en la vigencia de éstos durante los denominados regímenes de excepción en la zona andina.

Resulta imposible olvidar que el balance sobre la evolución y las perspectivas de la política de derechos humanos de la región andina cobró especial relevancia en los años trágicos en que los grupos subversivos llegaron a su auge y la represión del Estado superó la racionalidad. De ello se derivó la actuación de diferentes organizaciones humanitarias a quienes llamó la atención el hecho de que en varios de los países andinos, conocidos por sus abusos sistemáticos de los derechos humanos en aquella época, la lucha contra el terrorismo se convirtiera en un nuevo pretexto para justificar la represión.

Por eso, la aplicación de las normas de protección de los derechos humanos requiere metodológicamente de la precisión que ayude a comprender el ámbito y alcances de su tutela, así como los límites a que está sujeto su ejercicio bajo condiciones de situación y tiempo que por ley se establezcan²⁹⁷.

295«La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que goza de jerarquía constitucional en la Argentina, reafirma que la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas constituye un crimen de lesa humanidad (párr. VI del Preámbulo) y reconoce varias de las consecuencias de esta calificación jurídica, entre ellas la jurisdicción universal (Artículo IV) y el carácter imprescriptible de la infracción (Artículo VII)». R. Mattarollo, «La jurisprudencia argentina reciente y los crímenes de lesa humanidad», en *La Revista*, n° 62-63, Comisión Internacional de Juristas, Editora Louise Doswald-Beck, Lima, (agosto 2001), pp. 34-35.

296J. Tapia, «Garzón y Argentina», en *La Vanguardia* (4 de noviembre de 1999), p. 2.

297«Toda persona tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad. Así lo han proclamado la Declaración

2.1 Restricciones razonables y restricciones arbitrarias

La aceptación oficial cada vez más creciente del catálogo de los derechos humanos mediante instrumentos internacionales y regímenes jurídicos estatales, representa un inequívoco indicador del *consensus gentium* en lo que se refiere a su ser y a la permanente necesidad de respetarlo y rodearlo de garantías suficientes, estrictas. Mas tal aceptación permite, sujetándose a ciertas condiciones, la facultad de que se establezcan restricciones o suspensiones temporales a su ejercicio. ¿Y cómo se protegen estos derechos humanos en los países americanos? La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado: «la protección de los derechos humanos [...] parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección a los derechos humanos, está seriamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal»²⁹⁸. Nadie puede dejar de tener conciencia de que el Estado «tiene su vida, su libertad, su propiedad, sus bancos, de modo que se pueden cometer contra él también delitos como contra los particulares»²⁹⁹; sin embargo, no se puede aceptar que el ejercicio de su defensa, seguridad (preocupación número uno) traiga consecuencias graves para los derechos humanos.

Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos señalan diversos requisitos para que puedan ser adoptadas determinadas limitaciones al ejercicio de los mismos, a fin de no desnaturalizar su esencia. Su transgresión genera una violación de los instrumentos supranacionales y origina responsabilidad internacional por parte del Estado infractor, quien no olvidará que «los poderes deben ser ponderados»³⁰⁰.

Universal de los Derechos Humanos (París, Diciembre 1948) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, Mayo 1948) [...] El Estado debe garantizar estos derechos, resguardando la integridad personal, las garantías judiciales, la honra, las libertades de conciencia y religión, de pensamiento y expresión, el derecho a la nacionalidad, a la libre circulación, a elegir y ser elegido, a trabajar. Estos derechos son indispensables para el hombre y no constituyen un lujo, por ello es que sólo se conciben con justicia social. Cuando en un país las personas inocentes son secuestradas, arrestadas, encarceladas, difamadas, torturadas o muertas en razón de sus ideas políticas y carecen además de las libertades esenciales y de protección judicial, no se respetan en él los Derechos Humanos» (H. Solari Yrigoyen, op. cit., p. 84).

298Corte I.D.H., «La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos», Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, serie A, nº 6, párr. 21.

299P. Lucas Verdú, *El espíritu de las Constituciones según Friedrich Ancillon*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 34.

300P. Lucas Verdú, *La Constitución en la encrucijada*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Centro de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1994, p. 75.

Tales limitaciones pueden surtir sus efectos antes o después de que el derecho sea ejercido. Como un ejemplo del primer supuesto, se puede mencionar el art. 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP)³⁰¹, en el cual se establece que el derecho de reunión puede ser restringido antes de su ejercicio por determinadas causales, es decir, puede ser objeto de restricción antes de que las personas se agrupen. Como ejemplo del segundo supuesto, se puede mencionar el caso de la libertad de expresión, que de acuerdo al art. 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH)³⁰², no se encuentra sujeta a censura previa sino a responsabilidad posterior, lo cual significa que no existe impedimento previo para la difusión de opiniones o informaciones, aunque la persona tiene que estar advertida que bajo determinados supuestos legales dicha divulgación puede originarle una responsabilidad.

Los instrumentos internacionales exigen que las restricciones a los derechos humanos se encuentren establecidas mediante leyes, lo cual demuestra la importancia del principio de legalidad y de la reserva de ley, elementos esenciales para que los derechos del hombre puedan existir en la realidad y se encuentren protegidos jurídicamente³⁰³.

La obligación antes mencionada se puede apreciar, por ejemplo, en el PIDCP, en donde se dispone que nadie podrá ser privado de su libertad personal salvo por las causas «fijadas por la ley» (art.9)³⁰⁴ o que el ejercicio de la libertad de asociación sólo puede estar sujeto a restricciones

301«Artículo 21: Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los demás».

302«Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión: 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas».

303Corte I.D.H., op. cit., párr. 24.

304«Artículo 9: 1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. 2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. 3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. 4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal. 5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa tendrá el derecho

«previstas por la ley» (art.22)³⁰⁵.

Por su parte, la CADH (art. 30)³⁰⁶ establece que las restricciones permitidas por ella al goce y ejercicio de los derechos humanos no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el término leyes, empleado en un tratado respecto a este tema, comprende toda «[...] norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la conformación de leyes»³⁰⁷.

Esta definición encarga a los órganos legislativos la exclusiva función de señalar los límites al ejercicio de los derechos humanos, pues en estas instituciones se expresa la pluralidad y libertad política de un país, lo cual obliga a que en el momento de establecer las restricciones, exista cierto grado de consenso. Como lo ha señalado la Corte Interamericana, a través de procedimientos legislativos de este tipo, se permite a las minorías «[...] expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente. En verdad, este procedimiento no impide en todos los casos que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria a los derechos humanos, posibilidad que reclama la necesidad de algún régimen de control posterior, pero sí es, sin duda, un obstáculo importante para el ejercicio arbitrario del poder»³⁰⁸.

efectivo a obtener reparación».

305«Artículo 22: 1. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses. 2. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas o de la policía. 3. Ninguna disposición de este artículo autoriza a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, a adoptar medidas legislativas que puedan menoscabar las garantías previstas en él ni a aplicar la ley de tal manera que pueda menoscabar esas garantías».

306«Artículo 30. Alcance de las restricciones: Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas».

307Corte I.D.H., op. cit., párr. 38.

308Ibíd., párr. 22. La Corte advierte en esta misma resolución (párr. 36) que este planteamiento no se contradice forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones se

En consecuencia, el vocablo *leyes* empleado por los instrumentos internacionales no debe entenderse como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues eso implicaría admitir que los derechos fundamentales de las personas pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general³⁰⁹.

De acuerdo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la aprobación de las normas jurídicas de carácter general debe hacerse en conformidad con los procedimientos y por los órganos establecidos en la Constitución de cada Estado, debiendo todas las autoridades públicas ajustar sus conductas a ese principio.

En este sentido, el principio de legitimidad es elemento importante a efectos de interpretar si las restricciones a los derechos humanos se ajustan a los requisitos internacionales para su expedición. Sólo la ley adoptada por los órganos democráticamente elegidos y constitucionalmente facultados, ceñida al bien común, puede contener restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades de la persona humana³¹⁰.

Por lo demás, tales medidas tienen necesariamente que ser temporales, pues una restricción permanente anula el ejercicio del derecho y la eficacia de su protección.

Además de ser necesario que exista una ley para que las restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades sean jurídicamente lícitas, se requiere así mismo que esas leyes se dicten en razón del interés general, tal como lo manda la CADH (art. 30). De acuerdo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la invocación al interés general significa que tales restricciones deben ser dictadas en función del bien común, elemento integrante del orden público del Estado Democrático. El contenido de ambos conceptos –orden público y bien común–, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, debe ser objeto de una interpretación con apego a las justas exigencias de una sociedad democrática que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar

encuentren autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada se encuentre sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la CADH.

309Ibíd., párr. 26.

310Ibíd., párr. 37.

el objeto y fin de la CADH³¹¹.

De igual manera, toda restricción debe guardar relación con los motivos o causas que la originan, que generalmente son razones de orden público, seguridad nacional, salud pública, moral pública, o para garantizar los derechos y libertades de los demás. A la vez que razonables y oportunas, estas restricciones deben ser necesarias para proteger esos valores, lo cual significa que si existe otra alternativa para conseguir tal fin, debe emplearse aquélla y no la restricción³¹².

Tomando en cuenta los aspectos precedentemente enunciados, se puede afirmar que la autorización prevista en los instrumentos internacionales para que se puedan restringir los derechos humanos, debe ajustarse a las siguientes condiciones³¹³: que se trate de una restricción expresamente autorizada por los instrumentos internacionales y en las condiciones particulares que éstos permitan; que tales restricciones estén dispuestas por leyes y se apliquen de conformidad con ellas; que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a razones de interés general y no se aparten del propósito para el cual han sido establecidas.

Cualquier restricción que se emita al margen de estas condiciones puede devenir en ilegal o arbitraria, según corresponda.

Una restricción será considerada ilegal si no se efectúa de acuerdo a las causas, casos o circunstancias expresamente previstas en la ley y con estricta sujeción a los procedimientos definidos por ella.

La restricción devendrá en arbitraria si las causas y métodos para restringir el derecho, aun calificados de legales, pueden reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad³¹⁴. En otras palabras, la restricción arbitraria a los derechos humanos es aquélla que, aun amparándose en la ley, no se ajusta a los valores que informan y dan contenido

311Corte I.D.H., «La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)», Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, serie A, n° 5, párr. 66 y 67.

312Corte I.D.H., op. cit., párr. 46.

313Ídem.

314Corte I.D.H., «Caso Gangaram Panday, sentencia de 21 de enero de 1994», serie C, n° 16, párr. 47.

sustancial al Estado de Derecho. Lo arbitrario constituye, de esta manera, un concepto que incluye supuestos tanto de legalidad como de ilegalidad de la restricción. En este orden de ideas, existen restricciones que pueden ser legales pero que devienen en arbitrarias, pues son llevadas a cabo según los procedimientos, requisitos y condiciones formalmente establecidas en el ordenamiento jurídico mas contradicen el fin último de todo Estado: el reconocimiento y respeto de los derechos humanos.

2.2 Derechos humanos, estados de excepción y garantías judiciales

Durante el desarrollo y desenvolvimiento de todo Estado, suelen presentarse situaciones excepcionales e imprevistas que comprometen el funcionamiento de sus instituciones jurídico-políticas y su propia estabilidad, ante lo cual resulta *conditio sine qua non* adoptar medidas excepcionales para enfrentar la crisis y restablecer la normalidad perturbada.

Los estados de excepción constituyen precisamente un ejemplo de tales medidas, cuyo necesario empleo en determinadas situaciones hoy en día no se discute... «[...] Los poderes de excepción pueden y deben ser controlados»³¹⁵. Por ello, la posibilidad de su aplicación se encuentra prevista en diversos instrumentos internacionales, donde se establecen una serie de aspectos a ser respetados por los Estados, a fin de garantizar la vigencia de los derechos humanos mientras dure la situación excepcional. Tales condicionamientos se refieren a los siguientes aspectos:

a) Los motivos y los plazos para decretar las situaciones excepcionales.

De acuerdo al PIDCP (art. 4)³¹⁶, los regímenes de excepción deben decretarse cuando se

315J. Albino Tinetti, «Los derechos humanos y el régimen de excepción», en *Lecturas sobre derechos humanos*, Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, ONUSAL División de Derechos Humanos, San Salvador, 1994, p. 235.

316«Artículo 4: 1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. 2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párr. 1 y 2), 11, 15, 16 y 18. 3. Todo Estado Parte en el presente pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del secretario general de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión».

ponga en peligro la vida de la nación. La CADH (art. 27.1)³¹⁷ tiene una posición más restrictiva y señala que tal medida solamente puede ser adoptada en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado.

Ambos instrumentos internacionales lo que buscan es limitar la declaratoria permanente de estas situaciones excepcionales, que ha provocado, por lo general, un desconocimiento o violación sistemática de los derechos humanos³¹⁸. Asimismo, buscan que tales declaratorias se produzcan por el tiempo necesario para lograr una solución al problema que las origina.

b) La suspensión de derechos.

Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos reiteran la obligación de los Estados de respetarlos y garantizar su vigencia, admitiendo asimismo que esa obligación pueda ser materia de suspensión debido a circunstancias muy excepcionales.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esto no significa la suspensión temporal del Estado de Derecho o que se autorice a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad a la que en todo momento deben ceñirse³¹⁹. Asimismo, esta instancia ha señalado que cuando se presentan algunas situaciones de excepción, los límites legales de la actuación del poder público pueden ser distintos de los vigentes en condiciones normales, pero no deben considerarse inexistentes, ni cabe, en consecuencia, entender que el gobierno esté investido de poderes absolutos³²⁰.

Por eso, la suspensión de las obligaciones asumidas por un Estado Parte en un

317«Artículo 27. Suspensión de garantías: 1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social».

318«La vaguedad conceptual de los textos constitucionales implica una invitación al exceso: en definitiva una insinuación al ejercicio de la voluntad del gobernante, forma concreta de imponer la razón de Estado. Como bien señala Diego Valdés, “no hay un solo país de este continente donde el exceso o desvío de poder no haya sido, alguna vez, fundado en la ambigüedad de las normas que prevén los estados de excepción”: causa determinante del fenómeno que él califica como “dictadura constitucional”» (*Las constituciones latinoamericanas*, op. cit., pp. 69-70).

319Corte I.D.H., «El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)», Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, Serie A, n° 8, párr. 24.

320Ídem.

instrumento internacional no es ilimitada durante los regímenes de excepción, es decir, no puede operar indistintamente sobre cualesquiera de ellas.

En este sentido, tanto el PIDCP (art. 4.2) como la CADH (art. 27.2)³²¹ coinciden en señalar que los Estados no pueden suspender sus obligaciones respecto al derecho a la vida, la prohibición de tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la prohibición de la esclavitud, trata de blancas y servidumbre, la prohibición de la prisión por incumplimiento de obligaciones contractuales, la observancia del principio de la legalidad en materia penal (no hay pena ni crimen sin ley), del principio de la aplicación de la pena más favorable al reo, del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, y de la libertad de pensamiento y religión.

Por su parte, la CADH agrega a esta lista la imposibilidad de suspender las obligaciones asumidas respecto a la protección a la familia, el derecho al nombre, los derechos del niño, el derecho a la nacionalidad y los derechos políticos.

Igualmente, la CADH señala que tampoco pueden ser objeto de suspensión las garantías judiciales indispensables para la protección de todos aquellos derechos que no pueden ser suspendidos. Esto se justifica en tanto que durante el régimen de excepción deben subsistir los medios apropiados para el control de las disposiciones que se dicten mientras dure esa situación, a fin de lograr que tales medidas se adecúen razonablemente a las necesidades del caso y no excedan de los límites impuestos por los instrumentos internacionales sobre derechos humanos³²².

Desde esta perspectiva, la Corte estima «[...] la determinación de qué garantías judiciales son indispensables para la protección de los derechos que no pueden ser suspendidos, será distinta según los derechos afectados. Las garantías judiciales «indispensables» para asegurar los derechos relativos a la integridad de la persona necesariamente difieren de aquéllas que protegen,

321«Artículo 27. Suspensión de Garantías: 2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); o (Principio de la Legalidad y Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos».

322Corte I. D. H., «Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)», Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A, n° 9, párr. 21.

por ejemplo, el derecho al nombre, que tampoco se puede suspender»³²³.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre las garantías judiciales que no pueden ser objeto de suspensión durante los regímenes de excepción se debe considerar el hábeas corpus, el amparo, y cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes destinado a garantizar el respeto de los derechos y libertades cuya suspensión no se encuentra autorizada durante tales situaciones³²⁴.

Además, la Corte considera como garantías judiciales no susceptibles de suspensión aquellos procedimientos judiciales inherentes a la forma democrática representativa de gobierno, previstos en el derecho interno de los Estados como idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos susceptibles de ser suspendidos, y cuya suspensión o limitación comporte la indefensión de tales derechos³²⁵.

Por lo tanto, los jueces deben tramitar siempre las acciones judiciales que se presenten para la tutela de los derechos humanos durante los estados de excepción, y efectuar, según sea el caso, un control judicial de la razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo. No será razonable o proporcional el acto restrictivo del derecho, si los argumentos que lo sustentan no tienen relación directa con las causas o motivos que justificaron la declaración del régimen de excepción, o si resulta manifiestamente innecesario o injustificado, atendiendo a cada situación en particular.

c) La proporcionalidad de las medidas adoptadas.

A tenor del PIDCP (art. 4), las disposiciones que adopte el Estado en situaciones excepcionales deben encontrarse limitadas a las exigencias que ellas requieran. Para la CADH (art. 27.1), deben ser dictadas en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, habida cuenta que las causales para

323Corte I.D.H., «El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)», op. cit., párr. 28.

324Corte I.D.H., «Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)», op. cit., párr. 41.1.

325Ídem.

decretar los regímenes de excepción son distintas y que además, en cualquiera de ellas, las medidas que se adopten deben ser ajustadas a las exigencias de la situación, se desprende que lo permitido en una situación podría no serlo en otra; por lo que la juridicidad de las medidas que se adopten dependerá del carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarden las medidas adoptadas³²⁶.

2.3 Libertad personal, hábeas corpus y estado de excepción

Tanto el PIDCP (art. 9.4)³²⁷ como la CADH (art. 7.6)³²⁸ disponen que toda persona privada de su libertad tiene derecho a acudir ante un tribunal para que éste decida, a la brevedad posible, si la medida ha sido arbitraria o no y ordene su inmediata libertad si fuera el caso.

El hábeas corpus ha constituido el medio más empleado, eficaz e idóneo para la protección de la libertad personal. La Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que, para cumplir con su objetivo de verificar judicialmente la legalidad de la privación de la libertad, este recurso exige la presentación del detenido ante el juez o tribunal competente; y que su finalidad no se limita a la protección de las personas contra la privación arbitraria de su libertad, sino que también las protege contra las desapariciones o la indeterminación de su lugar de detención, así como contra la aplicación de torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes³²⁹.

Desde esta perspectiva, diferentes son los alcances del hábeas corpus y diversos los derechos que a través de él se protegen (vida, integridad, libertad personal, etc.), razón por la cual cabe ser interpuesto³³⁰ en los siguientes casos: 1. Frente a una privación arbitraria o ilegal de

326Corte I.D.H., «El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)», op. cit., párr. 22.

327«Artículo 9: 4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal».

328«Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal: 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona».

329Corte I.D.H., «El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)», op. cit., párr. 35.

330C. Landa Arroyo, «Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional: el caso peruano», en *Pensamiento Constitucional*, n°2, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, pp. 103-104.

la libertad. 2. Ante la permanente limitación de la libertad personal, como las reiteradas citaciones policiales sin fundamento o las permanentes retenciones para el control migratorio, en tanto busca el cese de la afectación continua pero no gravísima como la privación arbitraria de la libertad. 3. En aquellos supuestos donde se afecte la integridad personal, en tanto busca que cesen los maltratos contra un detenido, reo en cárcel, preso o interno de instituciones privadas o públicas, tales como los centros educativos –en calidad de internados–, entidades encargadas del tratamiento de toxicómanos, enfermos mentales, etc. 4. Cuando se produce una amenaza cierta e inminente contra la libertad o la integridad personal. 5. Si se produce mora en el proceso judicial que origine que un detenido continúe privado de su libertad más allá del plazo previsto en la ley, o si una persona presa hubiese cumplido su condena y continuase en prisión, en tanto busca que esa persona sea llevada a la instancia judicial correspondiente o sea liberada, según corresponda. 6. Aun cuando planteado el hábeas corpus, ha cesado la violación o amenaza a la libertad personal, no debería declararse improcedente la acción, sino que debe resolverse de manera expeditiva, protegiendo a futuro el derecho del afectado frente a amenazas o violaciones de similar naturaleza. 7. Ante las detenciones-desapariciones, pues en tanto sea imposible localizar a la persona afectada, sólo queda, mediante el hábeas corpus, la posibilidad de identificar a los responsables de la violación para su posterior sanción penal en la vía judicial ordinaria que corresponda.

Tema de especial importancia en torno al *habeas corpus* representa su vigencia durante los denominados regímenes de excepción.

Ante situaciones de crisis en los Estados andinos se han declarado estados de excepción; aunque no se discute su necesario empleo en determinadas oportunidades, su aplicación ha originado, lamentablemente, frecuentes violaciones a los derechos humanos. Con la finalidad de garantizar el pleno respeto de tales derechos, se requiere asimismo la plena vigencia de los recursos judiciales efectivos destinados a protegerlos, entre ellos, el hábeas corpus. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que estos recursos no pueden ser suspendidos durante los regímenes de excepción, porque suponen garantías judiciales indispensables para proteger derechos y libertades que tampoco pueden suspenderse en tales situaciones de emergencia³³¹.

331Corte I.D.H., op. cit., párr. 44.

Pero si bien la prohibición de la CADH alude a la relación entre el hábeas corpus y aquellos derechos que no pueden ser suspendidos, ni siquiera bajo un régimen de excepción, cabe preguntarse si tal proceso judicial puede subsistir al mismo tiempo para asegurar la libertad personal bajo estado de excepción, a pesar de que este derecho no se encuentra entre aquéllos que no pueden ser afectados en situaciones excepcionales (art. 27.2). En lo tocante a esto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado lo siguiente: «Si la suspensión de garantías no debe exceder, como lo ha subrayado la Corte, la medida de lo estrictamente necesario para atender a la emergencia, resulta también ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborde aquellos límites que deben estar precisamente señalados en las disposiciones que decretan el estado de excepción, aun dentro de la situación de excepcionalidad jurídica vigente. La Corte debe destacar, igualmente, que si la suspensión de garantías no puede adoptarse legítimamente sin respetar las condiciones señaladas en el párrafo anterior, tampoco deberán apartarse de esos principios generales las medidas concretas que afecten los derechos o libertades suspendidos, como ocurriría si tales medidas violaran la legalidad excepcional de la emergencia, si se prolongaran más allá de sus límites temporales, si fueran manifiestamente irracionales, innecesarias o desproporcionadas, o si para adoptarlas se hubiere incurrido en desviación o abuso de poder. Si esto es así, es desde todo punto de vista procedente, dentro de un Estado de Derecho, el ejercicio del control de la legalidad de tales medidas por parte de un órgano judicial autónomo e independiente que verifique, por ejemplo, si una detención, basada en la suspensión de la libertad personal, se adecúa a los términos en que el estado de excepción la autoriza. Aquí el *habeas corpus* adquiere una nueva dimensión fundamental»³³².

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha prescrito, por otra parte, que aquellos ordenamientos constitucionales y legales de los Estados Partes que autoricen, explícita o implícitamente, la suspensión de los procesos de hábeas corpus en situaciones de emergencia, deben considerarse incompatibles con las obligaciones internacionales que a esos Estados impone la CADH³³³.

Sin embargo, existen antecedentes en los cuales la posibilidad de recurrir al hábeas corpus ha sido suspendida. Así por ejemplo, en el Perú se consideró improcedente interponer el recurso de hábeas corpus en el caso de los procesados por los delitos de traición a la patria y/o

332Ibíd., párr. 38, 39 y 40.

333Ibíd., párr. 43.

terrorismo³³⁴, e incluso, en la actualidad, se encuentra prohibido interponer esta acción de garantía a favor de las personas involucradas en el delito de tráfico ilícito de drogas durante su detención en la etapa de investigación policial³³⁵.

2.4 Breve mirada a los derechos humanos dentro del constitucionalismo andino

Los constituyentes de la región andina, imbuidos por la corriente cada vez más creciente de protección de los derechos humanos, han querido salvaguardar el ejercicio de los mismos asignándoles la categoría suprema en el marco constitucional.

La Constitución argentina (art. 75, apartados 23 y 24) confiere por razón de su cargo al Congreso la facultad de «legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen [...] el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos [...] por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos»; reconociéndoles a las normas en esta materia jerarquía superior a las leyes, le da además la potestad de «aprobar tratados de integración que deleguen competencia y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos».

Apreciándose la imposición de una nueva corriente constitucional humanista en el constitucionalismo boliviano, su Carta Magna vigente le da un tratamiento especial a los derechos humanos, exigiendo al Estado el deber de ser el súper guardián de éstos: Art. 14.III. «El Estado garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en esta Constitución, las leyes y los tratados internacionales de derechos humanos».

No son pocos los comentaristas que descubren una evidente paradoja en la Constitución de Chile: a pesar de haber sido dictada bajo el yugo de una dictadura militar cuyo gobierno violó sistemáticamente los derechos humanos, quizá se trata del texto más respetuoso de los derechos individuales de las personas que haya conocido la historia constitucional de ese país. El capítulo

334Decreto-Ley 25659, art. 6, publicado el 13 de agosto de 1992 en el Diario Oficial *El Peruano*. Posteriormente este artículo fue modificado por la ley 26248, publicada el 25 de noviembre de 1993, en la cual se estableció un proceso especial para la tramitación del hábeas corpus, dejando de lado la prohibición para su interposición.

335Decreto Legislativo 824 (Ley de lucha contra el narcotráfico), art. 17, publicado el 24 de abril de 1996 en el Diario Oficial *El Peruano*.

III («De los derechos y deberes constitucionales», arts. 19-23) contiene un rico y enriquecedor cúmulo normativo. El art. 19, en sus 26 numerales, consagra derechos fundamentales tales como el derecho a la vida, la igualdad ante la ley, la igualdad en la protección de la ley, a la honra, a la libertad de conciencia, a la libertad de expresión, de asociación, el derecho a la propiedad... Lo que es de lamentar aquí es una visible omisión en lo atinente a los derechos humanos de índole social aunque, a decir verdad, no es total. Este largo artículo, considerando su autor que los derechos enunciados eran de singular delicadeza en su respeto, remata su redacción con un acertado numeral 26³³⁶. Agregáramos que en la Carta Magna se ha instituido novedosamente el recurso de protección, constituyendo éste el instrumento procesal idóneo que posibilita la consecución del respeto de ciertas garantías constitucionales frente a actos arbitrarios o ilegales³³⁷.

Como no podía ser de otra forma, la Constitución colombiana precisa, en el art. 93, en torno a la categoría normativa de los derechos humanos: «Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno»; y, consolidando esta importancia de los derechos y deberes insertados en el documento constitucional, añade: «Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia». La vigilancia, el respeto de los derechos humanos es labor bastante exigente, por lo que los constituyentes decidieron implicar en esta tarea noble al conjunto de ciudadanos de la nación (art. 95.4)³³⁸. Agregando, diríamos que, en realidad, hay un mecanismo planeado en el catálogo normativo que estamos aludiendo que establece la cooperación entre los diversos órganos detentadores del poder

336Art. 19: «26. La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio».

337Art. 20: «El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso cuarto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N° 8º del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto arbitrario e ilegal imputable a una autoridad o persona determinada».

338«Artículo 95: [...] Son deberes de la persona y del ciudadano: 4. Defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica».

(Parlamento, Gobierno, Administración Pública, Judicatura) para evitar los bloqueos en la guarda de los derechos humanos; y, por supuesto, el alcance de este compromiso se extiende al Ministerio Público (art.118)³³⁹ y, dentro de él, al Procurador General de la Nación (art. 277.2)³⁴⁰ y al Defensor del Pueblo (art. 282.2)³⁴¹. Esta Constitución determina de manera imperativa que a todos los efectivos de las Fuerzas Armadas y policiales, «en las etapas de su formación, se les impartirá la enseñanza de los fundamentos de la democracia y de los derechos humanos» (art. 222).

Los derechos humanos merecieron un tratamiento muy extenso y detallado por los autores de la actual Constitución ecuatoriana, siendo numerosos los artículos destinados a ellos. El ejercicio de los derechos humanos, qué duda cabe, tiene un trato delicado ahí cuando se afirma: «Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. [...] Serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento» (art. 11.3). A todos los ciudadanos, a título personal o grupal, les asiste el derecho de que se les suministre información producida en entidades públicas, o privadas que trabajen con fondos del Estado o realicen funciones públicas; no existirá, consiguientemente, reserva de información salvo en aquellos casos determinados por la ley y, en el ámbito que nos está ocupando, «en caso de violación a los derechos humanos, ninguna entidad pública negará la información» (art. 18.2).

Pero correspondería interrogarse: ¿cómo pueden ejercitar los ciudadanos del Estado cualquiera de los derechos humanos cuando hay un gran déficit en el asunto? El legislador, previendo alguna probable carencia, insertó en el texto constitucional: «La educación se centrará en el ser humano y garantizará su desarrollo holístico, en el marco del respeto a los derechos humanos, al medio ambiente sustentable y a la democracia» (art. 27).

339«Artículo 118: [...] Al Ministerio Público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos [...]».

340«Artículo 277: El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones: 2. Proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del Defensor del Pueblo».

341«Artículo 282: El Defensor del Pueblo velará por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos, para lo cual ejercerá las siguientes funciones: 2. Divulgar los derechos humanos y recomendar las políticas para su enseñanza».

La evidencia de la influencia de la Constitución colombiana sobre la ecuatoriana se percibe fácilmente en los casos en que ésta, en los arts. 83 y 158, pide a los ecuatorianos «respetar los derechos humanos y luchar por su cumplimiento» y establece que «las servidoras y servidores de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional se formarán bajo los fundamentos de la democracia y de los derechos humanos»³⁴².

La defensa de los derechos humanos se ve asegurada en la norma constitucional con la instauración dentro de las acciones constitucionales (arts. 88-94) de la acción por incumplimiento, cuyo artículo pertinente reza: «Art. 93. La acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional».

Aparte de los protagonistas consabidos en la tarea de defender el amplio conjunto de derechos consagrados en el ordenamiento constitucional, y en especial los derechos humanos, constituye una aportación —que todo hace pensar que será fructífera— la creación de los consejos nacionales de igualdad: «Art. 156. Los consejos nacionales para la igualdad son órganos responsables de asegurar la plena vigencia y el ejercicio de los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos [...]».

Aquí y ahora sería de capital importancia recordar que «la Constitución parte de una determinada concepción de la realidad social que pretende normar»³⁴³. Constataremos esto en el texto de la Constitución peruana, que Fujimori promulgara en 1993 luego de dar un autogolpe de Estado con el que dismanteló el antiguo sistema político y judicial y reforzó sus poderes. En el tema de los derechos humanos, será tal vez por ello que esa Constitución no lo regula tan exquisita y extensamente como algunas de sus homólogas andinas. De un modo casi aislado hallamos el art. 14 que, escondido entre muchas líneas, dispone: «La formación ética y cívica y la enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos son obligatorias en todo el proceso educativo civil o militar». Nadie podría discrepar en crear conciencia, despertar interés, educar a todo habitante de un Estado a fin de elevar el bajo índice que acusa la población en general en

342Cfr. con los arts. 95.4 y 222 de la Constitución colombiana, ya transcritos.

343P. Cruz Villalón, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, op. cit., p. 17.

una esfera tan trascendental como la de los derechos humanos, y más aún cuando la vida republicana del país nos muestra el constante y doloroso incumplimiento de su buena práctica.

Los constituyentes, fujimoristas en su mayoría, se vieron empujados por las críticas adversas a acuñar como deber del Estado avalar el ejercicio de los derechos humanos: «Artículo 44. Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos [...]». En este aspecto, nuestra preocupación es grande, habida cuenta que se confía o se hace depositario de la garantía de la buena salud de los derechos humanos a un Estado que, a este respecto, ha mostrado excesiva condescendencia en exigir el cumplimiento del respeto a los derechos humanos y, lo que es más grave, que se constituyera a veces en el mismo violador.

La nueva Constitución escrita venezolana, publicada en Gaceta Oficial del 30 de diciembre de 1999, sería la expresión más característica de la regulación de la protección de los derechos humanos en todo el área constitucional andina. Los autores se propusieron en dicho documento estatuir un grueso tejido de instituciones y principios esenciales de convivencia social, confiriéndole una relevante importancia a la temática de los derechos humanos. Apenas leyendo las primeras líneas de su contenido, encontramos en el Preámbulo, como una de las más nobles promociones a efectos de alcanzar diversas metas elevadas, «la garantía universal e indivisible de los derechos humanos». Y es que entendemos que, en este asunto harto delicado, hoy mejor que nunca antes se hace conveniente llevar a la práctica lo que recuerda el ecuatoriano Rodrigo Borja de lo expresado por el tratadista García-Pelayo: «Sólo el Derecho escrito ofrece garantías de racionalidad frente a la irracionalidad de la costumbre; sólo él permite un orden objetivo y permanente ante la transitoriedad de situaciones subjetivas; sólo la precisión jurídica escrita ofrece seguridad frente a la arbitrariedad de la administración»³⁴⁴.

Para consolidar este sublime ideal, inspirándose en buena medida en el art. 1 de la Constitución hispana, el legislador venezolano destacó, dentro de los valores superiores del ordenamiento jurídico y de la actuación del Estado, «la preeminencia de los derechos humanos» (art. 2).

344R. Borja, *Derecho Político y Constitucional*, 1ª reimp., Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1992, p. 324.

Para nada consideraron excesivo asignarle numerosos artículos a esta cuestión, destinando por ello todo el Título III («De los Derechos Humanos y Garantías, y de los Deberes») a regularla. Este Título, en sus diez capítulos, ha fijado las reglas principales. El Estado, como entidad política que preside los destinos colectivos de la sociedad, y que ejerce, en tal virtud, el poder legal, «garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público, de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen» (art. 19).

Los delitos contra los derechos humanos perpetrados por las autoridades venezolanas «quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía» (art. 29). Mas la obligación del Estado no termina en garantizar el respeto a los derechos humanos y perseguir a los presuntos delincuentes por quebrantarlos sino, además, a las víctimas que resultaren afectadas, tendrá la obligación de indemnizarlas, «incluido el pago de daños y perjuicios» (art. 30). Al margen de su nacionalidad, toda persona que estuviere en el territorio del Estado y pudiera sentirse afectada en el ejercicio de los derechos humanos podrá recurrir a las instancias judiciales en los términos precisados por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por Venezuela dirigiendo «peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos» (art. 31).

En una evidente reacción contra prolongados abusos de muchos de los efectivos de las Fuerzas Armadas y policiales, se dispone de manera taxativa en la norma constitucional que «los cuerpos de seguridad del Estado respetarán la dignidad y los derechos humanos de todas las personas» (art. 55)³⁴⁵.

El constituyente fue más allá del cumplimiento y respeto de los derechos humanos otorgándoles la jerarquía suprema; éste ha extremado sus cuidados en la consecución de la

³⁴⁵Medida correctiva contra la impunidad que se venía observando en el fuero privativo militar representa que, en la actualidad, tanto civiles como militares, en caso de «violaciones de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad, serán juzgados por los tribunales ordinarios. La competencia de los tribunales militares se limita a delitos de naturaleza militar» (art. 261, Capítulo III: Del Poder Judicial y del Sistema de Justicia, Sección Primera: Disposiciones Generales, Título V: De la Organización del Poder Público Nacional).

intangibilidad de los derechos humanos; dispuso que «no podrán ser sometidas a referendo abrogatorio las leyes [...] que protejan, garanticen o desarrollen los derechos humanos» (art. 74).

En sustancia, el levantar en alto, respetar, cumplir seria y eficazmente los derechos humanos es de incumbencia de la población toda, nadie debe eludir compromiso tan excelso. En el Estado venezolano, «toda persona tiene el deber de cumplir sus responsabilidades sociales y participar solidariamente en la vida política, civil y comunitaria del país, promoviendo y defendiendo los derechos humanos como fundamento de la convivencia democrática y de la paz social» (art. 132).

2.5 Defensoría del Pueblo

En el libro *Defensorías del Pueblo en la Región Andina* se afirma: «No obstante las condiciones adversas en las que deben desarrollar sus actividades los Defensores de América Latina, han logrado alcanzar un importante grado de reconocimiento y legitimación en sus respectivas sociedades, convirtiéndose en referentes obligatorios cuando de protección de los derechos fundamentales se trata»³⁴⁶. Pero han sido los de los países andinos en conflicto contra la subversión los que mayores méritos reúnen en la práctica de sus funciones, poniendo en grave riesgo la vida en la defensa de los derechos humanos: la tortura y los malos tratos, la brutalidad policial y el uso excesivo de la fuerza, los asesinatos políticos, las condiciones atroces de los centros de reclusión, las amenazas y el hostigamiento siguen siendo moneda común en Colombia, por ejemplo; con la gravedad de que son los grupos más vulnerables de la sociedad – las mujeres, los niños, los pueblos indígenas– los que sufren estas violaciones.

2.5.1 Nacimiento y expansión en la zona

En Argentina, su reformada vieja Constitución contempla la institución del Defensor del Pueblo en su art. 86³⁴⁷.

³⁴⁶*Defensorías del Pueblo en la Región Andina*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 2001, p.18.

³⁴⁷«Artículo 86.- El Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.

El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal. Es designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de miembros presentes de cada una de las Cámaras. Goza de las inmunidades y

En Bolivia, la Defensoría del Pueblo fue establecida en la reforma constitucional de 1994; y su actual Constitución, poniéndole un acento especial, la ha incluido dentro de su articulado, apareciendo regulada en los arts. 218-224, siendo más específicos el 218.I y el 222.7 en la salvaguardia de los derechos humanos, destacándose este último apartado al establecer imperativamente que la Defensoría del Pueblo no interrumpirá sus funciones aun cuando se haya decretado el estado de excepción³⁴⁸.

En Chile, la iniciativa de crear la Defensoría del Pueblo surgió a partir del Programa de la Concertación de Partidos por la Democracia, cuyo candidato presidencial, Patricio Aylwin, propuso en 1992 su incorporación en el ordenamiento jurídico del país. Sin embargo, la concreción de la mencionada institución no se ha hecho tangible hasta el día de hoy: el 5 de septiembre de 2006, el Capítulo Chileno del Ombudsman, institución que canaliza el respaldo ciudadano a la Defensoría del Pueblo, y la Biblioteca del Congreso Nacional organizaron un encuentro en el que se hizo abordable esta cuestión, expresando allí Carlos Constenla, presidente de la Asociación de Defensores del Pueblo de la República Argentina, que «la burocracia, el sigilo de las funciones del Estado y el excesivo poderío del ejecutivo, dificultan la instauración de un “ombudsman” en Chile»³⁴⁹. En un artículo de 2010, aparece el primer Examen Periódico Universal ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el cual llama la atención a Chile por «la falta de un Defensor del Pueblo, de un sistema electoral más democrático, atención sobre la situación de los indígenas y sobre los derechos de las mujeres, niños y migrantes»³⁵⁰.

En lo pertinente a Colombia, la Defensoría del Pueblo, incluida por la Carta Magna de 1991 (arts. 281-284)³⁵¹, desempeña una importante labor a través de la atención de quejas, privilegios de los legisladores.

Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez. La organización y funcionamiento de esta institución serán regulados por una ley especial».

348«Artículo 218. I. La Defensoría del Pueblo velará por la vigencia, promoción, difusión y cumplimiento de los derechos humanos, individuales y colectivos, que se establecen en la Constitución, las leyes y los instrumentos internacionales. La función de la Defensoría alcanzará a la actividad administrativa de todo el sector público y a la actividad de las instituciones privadas que presten servicios públicos».

«Artículo 222. Son atribuciones de la Defensoría del Pueblo, además de las que establecen la Constitución y la ley: [...] 7. Ejercer sus funciones sin interrupción de ninguna naturaleza, aun en caso de declaratoria de estado de excepción».

349Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, «Defensor del Pueblo en Chile: ¿fantasía o realidad?», en www.bcn.cl/noticias/defensor-del-pueblo-en-chile-bffantasia-o-realidad, 10 de octubre de 2006.

350D. Porras, «Defensor del Pueblo: la tarea pendiente de Chile en derechos humanos», en radio.uchile.cl/noticias/82635 (13 de septiembre de 2010).

351De manera particular, nos llaman la atención el art. 281 y parte del 282.

«Artículo 281. El Defensor del Pueblo formará parte del Ministerio Público y ejercerá sus funciones bajo la suprema dirección del Procurador General de la Nación. Será elegido por la Cámara de Representantes en

elaboración de diagnósticos, formulación de declaraciones y recomendaciones e interposición de acciones constitucionales. «La acogida y legitimidad que ha logrado esta institución se refleja en el creciente número de quejas recibidas y tramitadas: cerca de 10 mil durante su primer año de funcionamiento y más de 16 mil durante el segundo»³⁵².

En Ecuador, el proyecto de reforma a la Constitución de 1978 presentado por el Poder Ejecutivo, propuso la introducción de la Defensoría del Pueblo. Dicho proyecto fue elaborado por una comisión designada por el presidente Durán Ballén, tras la realización de una consulta popular³⁵³. La actual Constitución ecuatoriana trata esta institución en los arts. 214-216³⁵⁴.

El Perú estableció la institución del Defensor del Pueblo en la Constitución de 1993, en los arts. 161 y 162³⁵⁵, «pero recién en julio de 1995 debido a la presión de diversas instituciones de la sociedad civil, medios de comunicación y destacadas personalidades, se logró aprobar su Ley Orgánica»³⁵⁶.

Los venezolanos, ya en su proyecto de reforma constitucional más reciente, incorporaban

el primer mes de sus sesiones, de terna integrada por candidatos de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado con el voto favorable de la mayoría absoluta de sus miembros, para un período institucional de cuatro años y no podrá ser reelegido para el período siguiente.

Cuando se produzca falta absoluta del Defensor del Pueblo, será elegido uno nuevo que ejercerá las funciones hasta terminar el período institucional de aquél al que reemplaza.

Parágrafo. En el evento que ninguna de las personas ternadas obtenga la mayoría absoluta, la Mesa Directiva convocará dentro de la semana siguiente y se procederá a una nueva elección entre los candidatos que hubiesen obtenido las mayorías (Modificado por Decreto 99 de 2003)».

«Artículo 282. El Defensor del Pueblo velará por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos [...]».

352Comisión Andina de Juristas, *Región Andina 1995. Modernización e inestabilidad*, Lima, 1996, p. 59.

353Se requería de esta institución, pues más adelante, en el Ecuador, los grupos guerrilleros Alfaro Vive Carajo (organización izquierdista, nacionalista, «bolivariana» con lazos ideológicos y operativos cercanos al grupo colombiano M-19) y Montoneras Patria Libre, con sus acciones subversivas, provocarían una reacción violenta por parte del Estado, resultando de la misma desapariciones, ejecuciones extrajudiciales y grupos paramilitares. Vid. *Derechos humanos en Ecuador: problemas en democracia*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1988, pp. 65-78.

354Transcribimos los fragmentos del art. 215 que, a nuestro entender, son los más ilustrativos en lo tocante al papel a realizar por la Defensoría del Pueblo:

«La Defensoría del Pueblo tendrá como funciones la protección y tutela de los derechos de los habitantes del Ecuador y la defensa de los derechos de las ecuatorianas y ecuatorianos que estén fuera del país. Serán sus atribuciones, además de las establecidas en la ley, las siguientes:

4. Ejercer y promover la vigilancia del debido proceso, y prevenir, e impedir de inmediato la tortura, el trato cruel, inhumano y degradante en todas sus formas».

355Los autores de la Constitución precisaron en el art. 162 sus funciones, destacándose de entre ellas «defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad; y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía».

356E. Bernales, op. cit., p. 59.

al Defensor del Pueblo, «dejando atrás lo dispuesto por la Constitución de 1961 que otorgó la función de promoción y defensa de los derechos humanos al Ministerio Público»³⁵⁷. Dentro de su Constitución en vigor, son los arts. 280-283 los que reglan la institución³⁵⁸.

2.5.2 Las Defensorías del Pueblo en la defensa y promoción de los derechos humanos

Por mandato constitucional y legal, las Defensorías del Pueblo de la región andina tienen como una de sus misiones primordiales la defensa y promoción de los derechos humanos. La historia de sus pueblos y la realidad nos muestran una gran variedad de hechos violatorios de los derechos humanos que requieren de la Defensoría del Pueblo oportuna intervención. Son derechos fundamentales de la más variada índole: «Desde un empleado que ha sido despedido de su trabajo arbitrariamente, hasta un jubilado que considera injusta la pensión que recibe; desde un representante de una comunidad indígena que reclama por el reconocimiento estatal de sus tierras, hasta un interno de un establecimiento penitenciario que solicita se agilice su proceso judicial que ha excedido de los plazos razonables sin que el órgano jurisdiccional haya cumplido con emitir sentencia»³⁵⁹.

³⁵⁷Ídem.

³⁵⁸Sin la más mínima sombra de duda, afirmaremos que es este cuerpo de leyes el que mayor preocupación muestra en el cuidado, la protección de los derechos humanos. Tal trato lo contienen dos artículos clave reproducidos parcialmente a continuación:

«Artículo 280. La Defensoría del Pueblo tiene a su cargo la promoción, defensa y vigilancia de los derechos y garantías establecidos en esta Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, además de los intereses legítimos, colectivos o difusos de los ciudadanos y ciudadanas».

«Artículo 281. Son atribuciones del Defensor o Defensora del Pueblo:

1. Velar por el efectivo respeto y garantía de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados, convenios y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por la República investigando de oficio o a instancia de parte las denuncias que lleguen a su conocimiento.

4. Instar al Fiscal o a la Fiscal General de la República para que intente las acciones o recursos a que hubiere lugar contra los funcionarios públicos o funcionarias públicas, responsables de la violación o menoscabo de los derechos humanos.

5. Solicitar al Consejo Moral Republicano que adopte las medidas a que hubiere lugar respecto a los funcionarios públicos o funcionarias públicas responsables de la violación o menoscabo de los derechos humanos.

7. Presentar ante los órganos legislativos municipales, estatales o nacionales, proyectos de ley u otras iniciativas para la protección progresiva de los derechos humanos.

9. Visitar e inspeccionar las dependencias y establecimientos de los órganos del Estado, a fin de garantizar la protección de los derechos humanos.

10. Formular ante los órganos correspondientes las recomendaciones y observaciones necesarias para la eficaz protección de los derechos humanos, en virtud de lo cual desarrollará mecanismos de comunicación permanente con órganos públicos o privados, nacionales e internacionales, de protección y defensa de los derechos humanos.

11. Promover y ejecutar políticas para la difusión y efectiva protección de los derechos humanos».

³⁵⁹*Defensorías del Pueblo en la Región Andina*, op cit, p. 83.

En este sentido, las situaciones por las cuales un ciudadano puede solicitar la intervención de la Defensoría son múltiples, y las posibilidades de su actuación respecto a tales hechos también.

a) Derecho a la vida

De acuerdo a una definición simple, el derecho a la vida es «la condición esencial e indispensable para que todo ser humano se desenvuelva en la sociedad. Al privarse de ella a alguien se le impide el ejercicio de todos sus demás derechos y libertades»³⁶⁰.

Según la doctrina elaborada por el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, resulta preocupante la vulneración de este derecho, en especial como consecuencia de las desapariciones forzadas, la guerra u otras situaciones de violencia armada que originan la muerte masiva de personas.

Asimismo, el Comité expresa que «los Estados Partes no sólo deben tomar medidas para evitar y castigar los actos criminales que entrañen la privación de la vida, sino también impedir que sus propias fuerzas de seguridad maten de forma arbitraria. La privación de la vida por las autoridades del Estado es una cuestión de suma gravedad. Por consiguiente, la ley debe controlar y limitar estrictamente las circunstancias en que dichas autoridades pueden privar de la vida a una persona»³⁶¹.

Bajo estas consideraciones, las Defensorías del Pueblo deben orientar su esfuerzo a fin de evitar que cualquier persona sea privada de la vida arbitrariamente. En la realidad de la región andina, esto significa «realizar una ardua labor de defensa de la vida frente a las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas llevadas a cabo por fuerzas armadas, fuerzas policiales o paramilitares, el uso excesivo de la fuerza o cualesquiera otros actos atentatorios contra este derecho»³⁶².

En Bolivia, en 1996, bajo la presidencia de Sánchez de Lozada, uno de los problemas

360Manual de derechos humanos, administración pública y servicios públicos, Comisión Andina de Juristas y Defensoría del Pueblo del Perú, Lima, 1998, p. 5.

361Comité de Derechos Humanos, Observación General 6, 1982, párr. 3.

362La Defensoría del Pueblo: análisis comparado, documento de trabajo preparado para el Seminario Internacional «La Defensoría del Pueblo en Venezuela», Comisión Andina de Juristas, Lima, 1999, p. 24.

más frecuentes que puso en peligro o vulneró el derecho a la vida lo constituyó el conflicto suscitado entre los campesinos cocaleros y las fuerzas policiales, debido a los violentos enfrentamientos producidos. Se decía en un documento de entonces: «Esta situación ha llevado en no pocas oportunidades a que la Defensoría del Pueblo exhorte a las autoridades gubernamentales en el sentido de evitar cualquier situación de violencia que pueda colocar en peligro el derecho a la vida de los ciudadanos»³⁶³.

En Perú, un caso que causó honda preocupación a la Defensoría del Pueblo fue el de las desapariciones forzadas de personas y las ejecuciones extrajudiciales, especialmente el hallazgo de restos humanos en fosas comunes en las provincias de Pampas-Tayacaja y Churcampá, departamento de Huancavelica. Debido a este hallazgo, la Defensoría impulsó de oficio una investigación exhaustiva sobre los hechos y solicitó a las autoridades pertinentes que asumieran las investigaciones correspondientes. Asimismo, a través de la Resolución Defensorial N° 015-2001, la Defensoría exhortó al Estado a fin de que en la línea de los Principios Relativos a una Eficaz Prevención e Investigación de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o Sumarias, se procediera a «una investigación exhaustiva, inmediata e imparcial de todos los casos en que haya presunción razonable de ejecuciones extrajudiciales, la misma que debe tener como objetivo determinar la identidad de las víctimas, la causa, la forma y el momento de la muerte, las personas responsables y el procedimiento o práctica que pudiera haberla provocado»³⁶⁴.

Otro caso grave de violación del derecho a la vida fue el asesinato de la ciudadana Mariella Lucy Barreto Riófano, ex agente del cuestionado Servicio de Inteligencia Nacional, quien fue hallada descuartizada presumiblemente por otros agentes de dicho Servicio. Ante este hecho, la Defensoría inició una investigación de oficio, realizándose entrevistas y solicitando informaciones a personas y autoridades, a fin de esclarecer el homicidio. Por otro lado, solicitó a la Prefectura el otorgamiento de garantías para el padre y un primo de la víctima, quienes habían recibido amenazas contra su vida³⁶⁵.

363Ibíd, p. 25. El hoy mandatario de turno, el excampesino Evo Morales, precisamente emergería de ese sector reprimido, en donde se inició como representante de dichos indígenas cocaleros, para fundar luego el Movimiento Al Socialismo (MAS). Durante los años de su primera legislatura, el respeto al derecho a la vida y a los demás derechos humanos se ha visto considerablemente mejorado, observándose claros síntomas de continuar por esta senda.

364Resolución Defensorial N° 015-2001, considerando quinto.

365Defensoría del Pueblo del Perú, *Defensoría del Pueblo: Al Servicio de la Ciudadanía. Primer Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República 1996-1998*, Lima, p. 118.

La experiencia de Colombia es la más ilustrativa en materia de casos y modalidades de afectación del derecho a la vida, debido a la violencia política que azota a dicho país. En muchas ocasiones, la Defensoría ha intervenido públicamente y a través de resoluciones y demás pronunciamientos, ha salido al frente de la violencia, condenando los asesinatos y matanzas cometidos en medio del viejo conflicto armado que les afecta, y exhortando a las partes en conflicto para que prime el respeto por el Derecho Internacional Humanitario, respetando especialmente la vida y demás derechos de la población civil. Sirve como ejemplo la siguiente declaración pública, efectuada en 1995 por el entonces Defensor del Pueblo, Jaime Córdoba Triviño: «No menos deplorable que la violencia hecha por ciertos agentes del Estado, es la protagonizada por los miembros de los grupos armados de oposición. Éstos han sido, con frecuencia, responsables de graves infracciones del Derecho Internacional Humanitario cuyas víctimas son miembros de la población civil, militares y policías puestos fuera de combate y otras personas protegidas por los Convenios de Ginebra. Los crímenes guerrilleros contribuyen a que cada día se acentúe más el carácter cruel e inhumano del conflicto armado. Con su reprochable conducta los guerrilleros desprecian las exigencias mínimas impuestas por el derecho a todo el que combate, ignoran los principios de humanidad y se sustraen a los imperativos de la conciencia»³⁶⁶.

b) Derecho a la integridad personal: tortura y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

El respeto a la integridad personal implica que nadie puede ser lesionado o agredido físicamente, ni ser víctima de daños mentales o morales que le impidan conservar su estabilidad psicológica o emocional. Este derecho implica la prohibición de todo tipo de tortura o de cualquier clase de tratamiento cruel, humillante o denigrante, sin excepción alguna, pues esta prohibición comprende a todo castigo corporal, incluidos los aplicados por la comisión de un delito o en razón de una medida disciplinaria. El alcance de este derecho y de las prohibiciones que entraña se hace extensivo también a toda persona que se encuentra bajo régimen penitenciario, sea en calidad de sentenciado o de procesado y también a toda persona que se halle en relación de subordinación con autoridades policiales y militares.

Según el artículo 1º de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles,

366J. Córdoba Triviño, *Mensaje del Defensor del Pueblo en el Día Colombiano de los Derechos Humanos*, Defensoría del Pueblo, 9 de septiembre de 1995, reproducido en *Tercer Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de Colombia*, vol. I, 1996, p. 22.

inhumanos o degradantes, se entiende por tortura todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona, por parte de un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia, dolores o sufrimientos graves, ya sean somáticos o mentales, a fin de: obtener de ella o de un tercero información o una confesión; castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido; intimidar o coaccionar a esa persona o a otras; o por una razón basada en cualquier tipo de discriminación.

Asimismo, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, añade en su artículo 2º que debe entenderse también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendentes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física y mental, aunque no causen dolor o angustia corporales.

De otro lado, en el caso de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, no existen criterios objetivos para distinguir entre estos actos y la tortura. Sin embargo, cabe especificar que los primeros, a diferencia de la tortura, no buscan producir en una persona sentimientos de temor, angustia, inferioridad, humillación o doblegar su resistencia física o moral³⁶⁷.

En el pasado, las Defensorías del Pueblo de la región andina han tenido ocasión de intervenir en defensa de este derecho, al haberse producido situaciones en las cuales se verificó la aplicación de métodos de tortura o de tratos crueles, humillantes o degradantes sobre una persona o un grupo de personas.

Por ejemplo, en el gobierno de Fujimori, la Defensoría del Pueblo del Perú intervino en el caso de una agente del Servicio de Inteligencia del Ejército, ante las denuncias públicas que realizó respecto a las torturas a las que fue sometida por parte de miembros de dicho servicio de inteligencia. En este caso, la Defensoría actuó de oficio, realizando el Defensor del Pueblo una visita al centro hospitalario donde se encontraba la víctima, a fin de verificar los hechos denunciados. También se realizaron entrevistas y pedidos de información a las autoridades correspondientes. Igualmente, se hizo un análisis a fin de determinar el órgano competente para

³⁶⁷Definiciones tomadas de Comisión Andina de Juristas y Defensoría del Pueblo del Perú, *Manual de derechos humanos, administración pública y servicios públicos*, op. cit., pp. 9-11.

conocer los casos de tortura de integrantes de las Fuerzas Armadas, cometidos por otros miembros de dicha institución³⁶⁸.

Las Defensorías del Pueblo de Bolivia y Colombia, de manera similar, tuvieron que intervenir en muchos casos de tortura en delegaciones policiales, algunos de los cuales ocasionaron la muerte del detenido.

En tiempos no muy lejanos, se ponía de manifiesto públicamente una situación ilegal, irregular: «Es frecuente también que en las dependencias policiales de zonas rurales o alejadas de las ciudades principales, se produzcan hechos que configuran la aplicación de tratos crueles, humillantes o degradantes, generalmente a través de golpizas. Estos hechos merecen la permanente atención de las Defensorías del Pueblo, coordinando con las autoridades policiales y judiciales para prevenir, investigar y sancionar estos hechos que vulneran el derecho fundamental a la integridad»³⁶⁹.

3. Avances y limitaciones de la democracia en los Andes. ¿Pueden sus Estados normar con eficacia situaciones de excepción?

El desarrollo de la democracia en los siete países andinos no ha sido homogéneo ni en una sola dirección, produciéndose marchas y contramarchas en su vertebración³⁷⁰ y es aquí donde se hace preciso tener en cuenta las palabras de Pablo Lucas Verdú: «El aprendizaje de la democracia exige un *mínimum* inicial de democracia: el uso adecuado de la libertad»³⁷¹. Un factor gravitante para que esto acontezca es que sus sociedades civiles respectivas, especialmente su sector popular, están aún débilmente organizadas y son políticamente poco activas. Otra característica es el infrecuente recurso en la región andina a pactos políticos y económicos, formales y explícitos como dispositivos transicionales: las excepciones fueron Venezuela y Colombia, hace varias décadas. A este factor debe agregarse la brutal irrupción mediante golpes de Estado de las Fuerzas Armadas, las cuales capturando el poder, ejercieron regímenes

368Defensoría del Pueblo del Perú, op. cit., pp. 119-121.

369Comisión Andina de Juristas, *Defensorías del Pueblo en la Región Andina*, Lima, 2001, pp. infra 100 at supra 101.

370La imagen del general impecablemente uniformado, con el gorro de plato calado, las botas relucientes y las inevitables gafas de sol negras (arquetipo del dictador andino) parece cada vez más un mero recuerdo de un pasado que esperamos sea no regresivo. Su presencia en las tribunas presidenciales fue una constante durante largas décadas, en las cuales ponían sus cuartelazos al servicio de las oligarquías nacionales.

371P. Lucas Verdú, *Curso de Derecho Político*, op. cit., p. 429.

dictatoriales corruptos siendo, principalmente en el caso de la Argentina de Videla y la Bolivia de Luis García Meza, «una “gangsterización” de las Fuerzas Armadas que las acercó al sultanismo predatorio»³⁷².

Se ha reconocido hasta la saciedad como el mejor sistema de todos el de la democracia. Así tenemos que «a comienzos de marzo de 1996 los presidentes de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y el representante personal del Presidente de Venezuela, reunidos en Trujillo para el VIII Consejo Presidencial Andino, formularon una declaración en la que se comprometían a reforzar las instituciones democráticas, considerando que la democracia «es el sistema político que mejor garantiza el estado de derecho, la participación ciudadana, el respeto a los derechos humanos y salvaguardar la diversidad cultural». El texto refleja tanto un reconocimiento de las bondades de la democracia como un compromiso expreso para hacer de ella una realidad sólida y estable y condición de ciudadanía y progreso en toda la región andina»³⁷³. No entramos a juzgar la desviación antidemocrática que algunos de dichos representantes mostraran en sus gestiones por no ser pertinente en este punto.

El sacar adelante la democracia era un verdadero reto en los organizadores de tal encuentro: tenían que demostrar que tras la retórica de ésta y otras reuniones internacionales se escondía algo más que declaraciones de buenas intenciones. Para que las democracias fuesen más eficientes, participativas y transparentes hay que potenciar las instituciones implicadas: los posibles peligros que las acechan aún coexisten. Compartimos enteramente la apreciación de que «la fuerza de la democracia podría ser algo sólidamente adquirida si en la región andina hubiese caminado más rápido la participación popular, los partidos políticos estuviesen organizados adecuadamente y no existiesen más esos mecanismos de exclusión y de marginación que muchas veces fueron empleados para el mantenimiento de una estructura elitista del poder. La realidad indica que el progreso en estas materias es muy lento, dada la precariedad de la sociedad civil en varios aspectos, lo que pone en peligro el estado de democracia alcanzado»³⁷⁴. Su lento desarrollo económico lleva consigo una acentuada desigualdad en las capas más desfavorecidas de la población y esto repercute de manera considerable en el sistema democrático y la

372G. O'Donnell, P. C. Schmitter, L. Whitehead, *Transiciones desde un gobierno autoritario*, t. 2 «América Latina», trad. de J. Piatigorsky, Paidós SAICF, Buenos Aires, 1988, p. 22.

373*Los Andes: ¿emergentes o en emergencia?*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1997, p. 13.

374Ibíd., p. 14.

respectiva convivencia de los ciudadanos³⁷⁵.

«La humanidad no puede permitir que las políticas de los países andinos se rijan por patrones arbitrarios»³⁷⁶, frase tan rotunda se dijo en una reunión convocada por la Georgetown University de Washington, a propósito de problemas vinculados a la deuda externa de los países latinoamericanos. Esa afirmación no sólo incidía en un aspecto sino en otras áreas de la vida de las naciones andinas. Esta parte del mundo es tan importante para la humanidad entera en problemáticas tales como las del narcotráfico, terrorismo y, especialmente, la ecología. ¿Qué imprevisibles consecuencias se apuntarían en la ecología mundial si estos países devastaran selvas y contaminaran mares?

¡No hay otro camino, la América andina, sólo con una democracia viva, participativa, real labrará un destino halagüeño! «Sin el apoyo de auténtico sufragio las instituciones democráticas están en el aire»³⁷⁷. Y un sostén imprescindible en esto son los partidos políticos³⁷⁸.

En la actualidad, resulta satisfactorio ver como los pueblos andinos están decididamente resueltos en el mejoramiento de sus condiciones de vida en general, rechazan la idea de que a la hora de ser evaluados les pase lo mismo que a la Europa oriental o central –como prefieran llamarse los que asocian el este con un triste pasado de dictadura comunista y pobreza como sistema–. Su gente en la conquista de su lento progreso nunca admitió a los liberticidas vitalicios, por eso allí jamás se pudo implantar ningún sistema totalitario, como sí aconteció en buena parte del Viejo Mundo³⁷⁹. No nos podemos explicar de modo satisfactorio cómo durante decenios la

375«No existe ningún vínculo necesario entre la desigualdad social y la habilidad de una sociedad para sostener una democracia liberal exitosa. Dado que las democracias liberales están enraizadas en las economías de mercado y buscan proteger las libertades individuales, es inevitable que generen desigualdades. Su legitimidad no se basa en la habilidad de garantizar que todos obtengan los mismos resultados; más bien se basa en la idea de que todos pueden mejorar mediante su esfuerzo y habilidad, si no para sí mismos, al menos para sus hijos.

Sin embargo, existe mucha evidencia de que las sociedades que están sujetas a niveles elevados y persistentes de desigualdad no llegan a formar buenas democracias. Éste es el caso en gran parte de América Latina, que es la región del mundo más aquejada por la desigualdad» (F. Fukuyama, «Un contrato social amplio», en *El país. Extra América Latina* (23 de julio de 2010), p. 10).

376J. Alba Bravo, *La década difícil*, s. n., Lima, 1989, p. 11.

377J. Ortega y Gasset, op. cit., p. 205.

378Vid. A. M^a. Calero, *Partidos políticos y democracia*, 1^a reimp., Salvat, Barcelona, 1985, pp. 4-11. Aquí encontramos respuestas a: ¿qué es (y qué no es) un partido político?, ¿por qué hay partidos políticos?, ¿cómo nacieron?, ¿para qué sirven?

379«La diferencia primera y fundamental entre un Estado totalitario y una monarquía absoluta, una tiranía personal, una dictadura militar, incluso un Estado hiperpolicial, es que en el corazón del Estado totalitario hay un Partido y sólo uno. Este partido es detentador absoluto y monopolista no sólo del Estado, del ejercicio del gobierno y de la actividad política, sino de la Verdad del Pueblo, de la Nación, de la Historia incluso. Lo cual le otorga el derecho

quietud, el conformismo, marcaron el camino del hombre andino sabiendo éste quién era; se afirma de él exento de error: «El indio andino y el mestizo sí tienen conciencia de raza, de identidad étnica o, dicho con otras palabras, tienen auténtica conciencia histórica. Esta conciencia histórica es la de una historia muy distinta de la que dio origen a la teoría de Marx, es una historia que ya movió el brazo de Túpac Amaru; esta secular conciencia histórica es la que todavía hoy puede impulsar al indio andino, antes que la lucha de clases»³⁸⁰.

3.1 Estabilidad y fragilidad democrática

Uno de los contrastes más dramáticos de la región es el de los avances en la variable estabilidad política, y a la vez una fragilidad preocupante en el conjunto del sistema democrático de estos países. En condiciones normales, la estabilidad es un dato de la fortaleza y buena salud de la democracia. Pero si el análisis descubre una dicotomía en dos elementos intrínsecos, uno – la estabilidad– debiera ser dependiente del elemento sistémico –la democracia– por lo que la conclusión es que la «estabilidad» es más aparente que real, porque puede significar que es más forma que sustancia; más voluntarismo coyuntural que un hecho adquirido, consentido y consolidado.

En Argentina, la inestabilidad política ha sido en los últimos tiempos llamativa y preocupante, representando sus errores clamorosos cadenas arrastradas desde su misma emergencia a la vida republicana³⁸¹; ello lo hemos explicado anteriormente, bastando ahora para describir este ambiente reproducir las expresiones del nóbel Mario Vargas Llosa: «¿Qué cataclismo, plaga o maldición divina cayó sobre Argentina que, en apenas medio siglo, trocó ese destino sobresaliente y promisorio en el embrollo actual? Ningún economista o politólogo está en condiciones de dar una respuesta cabal a este interrogante porque, acaso, la explicación no sea estadísticamente cuantificable ni reducible a avatares o fórmulas políticas. La verdadera razón está detrás de todo eso, es una motivación recóndita, difusa, y tiene que ver más con una cierta predisposición anímica y psicológica que con doctrinas económicas o la lucha de los individuos y los partidos por el poder»³⁸². En la Argentina de la reelecta presidenta Kirchner, la crisis

legítimo de disolver una asamblea elegida, suprimir a cualquier otro partido, controlar toda la información». E. Morim, *Qué es el totalitarismo. De la naturaleza de la URSS*, trad. de A. Sánchez, Anthropos Editorial del Hombre, Barcelona, 1985, p. 27.

380J. Lafaye, op. cit., p. 15.

381Vid. M. Izard, *El rechazo a la civilización*, Península, Barcelona, 2000, pp. 84-85.

382M. Vargas Llosa, «¿Por qué? ¿Cómo?», en *El País* (7 de enero de 2002), p. 13.

internacional causó una merma en la evolución de la economía de la nación, «pero el país no entró en recesión. Gracias a los elevados precios de las materias primas y a la solidez del mercado interno, en 2009 el PIB aumentó un 1,2 por 100 (frente al 6,8 por 100 registrado en 2008). La cifra de desempleo pasó de un 7,3 por 100 en 2008 a un 8,4 por 100 en 2009; el 15 por 100 de la población activa estaba subempleada y un tercio de los asalariados trabajaba en la economía informal. [...] La inflación (aproximadamente de un 15 por 100 en 2009), la inseguridad social y la desigualdad en la distribución de la renta seguían siendo los principales motivos de inquietud. En lo tocante a la fractura social, la distribución de la renta apenas había experimentado cambio alguno. En 2009, el 10 por 100 de la población más pobre poseía tan sólo el 1,2 por 100 de la renta nacional, mientras que el 10 por 100 de la población más rica retenía el 32 por 100»³⁸³.

«En un sentido formal, la democracia constitucional está lejos de ser algo nuevo en Bolivia. La separación de poderes, el imperio de la ley, los derechos de asociación y periódicas elecciones competitivas con la participación de partidos cívicos organizados en el nivel nacional han sido la regla antes bien que la excepción durante los últimos cien años»³⁸⁴. A base de «cuartelazos» y represión han configurado sus militares la historia antidemocrática boliviana: Bolivia pasa por ser el país más golpista de América; pero también es uno de los pocos con un dictador en prisión (desde 1993, el general Luis García Meza, que encabezó un golpe en 1980 y una sangrienta represión posterior, cumple una condena de 30 años en un penal de alta seguridad en La Paz); valdría la pena preguntarse si ese hecho es un claro signo de que allí alguna vez funcionó la independencia de los poderes del Estado, como la del judicial. Sin embargo, «la reelección de Evo Morales a la presidencia con el 64 por 100 de los votos, el 6 de diciembre de 2009, estableció una hegemonía política inédita desde los años cincuenta. Así, tras cuatro años de obstrucción regional al “proceso de cambio”, sobre todo por parte de los burgueses agroindustriales del este del país, el gobierno logró alejar el espectro de la desestabilización»³⁸⁵. «Los buenos resultados macroeconómicos estaban muy ligados a la subida del precio de los minerales y a las exportaciones de gas. Ante la pobreza crónica que las políticas sociales de E. Morales parecían impotentes para contrarrestar, y a falta de un verdadero desarrollo productivo que permitiera a Bolivia superar su dependencia histórica de las materias primas, volvían a

383B. Badie y D. Vidal, *El estado del mundo*, trad. de F. López Martín, Akal, Madrid, 2010, p. 497.

384G. O'Donnell, P. C. Schmitter y L. Whitehead, op. cit., p. 81.

385B. Badie y D. Vidal, op. cit., p. 491.

despuntar las reivindicaciones sociales»³⁸⁶. En este último octubre, cientos de personas que viven en los pueblos del TIPNIS (Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécore) llegaban a La Paz después de recorrer 500 kilómetros en 66 días para protestar e impedir que se construyera una carretera en el territorio que habitan, situación que constituía un serio conflicto para Evo Morales, y que fuera aprovechada políticamente por la oposición. Muchos medios de comunicación aseguraban que Evo Morales se encontraba en las horas más bajas de su popularidad³⁸⁷. En sustancia, en el plano económico, la renta media por habitante en Bolivia sigue siendo baja y la balanza comercial aún arroja un déficit creciente³⁸⁸.

A primera vista, Chile es el país de la región con menos problemas y mayor desarrollo democrático; sin embargo, esa democracia está al mismo tiempo limitada por su propia Constitución, obligada a más que discutibles concesiones a una estructura militar que reclama autonomía, y disminuida en cuanto a la necesidad de hacer justicia y castigar a los violadores de derechos humanos del pinochetismo. Su estabilidad democrática puede ser discutible, pero no hay controversia en cuanto a su desarrollo económico: Chile suele aparecer como el país más estable y con más parejo ritmo de avance en ese ámbito, poniendo un claro énfasis en la lucha contra la desigualdad social³⁸⁹.

Concluida su legislatura, a la presidenta Bachelet no podemos dejar de reconocerle los importantes avances que consiguió en materia de derechos humanos: «En julio de 2009, apenas un mes después de que el Congreso chileno ratificara la adhesión del país al Tribunal Penal Internacional, se creó el Instituto Nacional de Derechos Humanos, destinado a promoverlos y protegerlos. Por otro lado, en septiembre de 2009 entró en vigor la convención 168 de la

386Ibid., pp. 491-492.

387M. Higuera Cataluña, «500 kilómetros en 66 días para reivindicar su espacio vital», en *Madrid sindical*, n° 162 (noviembre de 2011), p. 12.

388Las naciones latinoamericanas continúan siendo las campeonas de la desigualdad en el planeta: «países como Bolivia, Haití y Brasil son más desiguales y reportan un índice de Gini superior a 0,55» (H. Muñoz, «Actuar hoy sobre el futuro», en *El País. Extra América Latina* (23 de julio de 2010), p. 3).

389La ex presidenta de Chile Michelle Bachelet comenta a este respecto: «Así lo hemos visto en Chile, donde las últimas mediciones muestran una leve alza en la tasa de pobreza (1,4%) para el período 2006-2009, básicamente por la combinación entre mayor desempleo producto de la crisis financiera y una extraordinaria alza en los precios de los alimentos, lo que hizo subir la vara con que se mide la pobreza. Al analizar las cifras uno se da cuenta del enorme efecto que han tenido las políticas de protección social y cómo éstas evitaron lo que pudo haber sido una catástrofe humana.

Pero hay algo más en las cifras de mi país: vemos cómo la desigualdad mantiene la trayectoria descendente que inició a mediados de la década; es decir, poco a poco el país comienza a hacerse más igual gracias a las políticas públicas que se han ido implementando en las últimas dos décadas» (M. Bachelet, «Laberintos de cristal», en *El País. Extra América Latina* (23 de julio de 2010), p. 4).

Organización Internacional de Trabajo (OIT), que garantizaba a los pueblos indígenas – particularmente a los mapuches, en conflicto con el Estado chileno desde hacía más de un siglo– el reconocimiento de sus derechos. Finalmente, el 12 de enero de 2010 la presidenta inauguró el Museo de la Memoria, dedicado a la conmemoración de las 33.000 víctimas directas de la dictadura»³⁹⁰. Sus partidos políticos (antaño los grandes sostenedores de su democracia) deben asumir el reto de erigirse en los verdaderos protagonistas en el destino del país, consiguiendo liberarse absolutamente del yugo militar³⁹¹.

Colombia podría ser citada como un excepcional caso de estabilidad política. Contribuyó a esto el pacto de «Frente nacional» (1958-1970) entre conservadores y liberales que promovió una alternancia de ambos partidos en el poder; no obstante, finalizado el pacto, se mantuvo con todo la hegemonía de ambos grupos tradicionales³⁹². A finales del siglo pasado se preguntaba: ¿es Colombia un ejemplo de estabilidad política? La respuesta era entonces: «Los datos, a pesar de ser Colombia un país que en términos comparativos no tiene graves problemas económicos, y donde la administración pasa por ser eficiente, podrían ser más bien ilustrativos de una preocupante fragilidad democrática. No otro juicio merecería, según el pensamiento de ilustres personalidades colombianas, una democracia donde la dialéctica del poder y las manipulaciones y correlaciones de las fuerzas políticas impiden que se conozca la verdad sobre acusaciones que

390B. Badie y D. Vidal, op. cit., p. 505.

391«¿Qué papel juegan los partidos en todo el proceso de representar a los ciudadanos en los organismos del Estado? Organizar la elección de representantes a esos organismos y el ejercicio del poder en ellos. La palabra clave es *organizar*. Y la razón es clara: la democracia se basa en el individuo; la persona individual, en cuanto que es sujeto de derechos y deberes, es la unidad básica, la célula desde la cual y para la cual se piensa y se realiza el Estado democrático. De ahí que éste pueda resumirse en la frase “un hombre, un voto”» (A. M. Calero, op. cit., p. 24).

392Si quisiéramos pergeñar un diagnóstico harto negativo del país americano, diríamos que «en Colombia, no sólo acontece en la actualidad una situación de violencia permanente protagonizada por actores heterogéneos, sino que existe, más que un mero conflicto interno, una auténtica guerra civil, aunque latente. A la fragilidad de un Estado con escasa autoridad, al cáncer extendido de la corrupción pública y a la presencia de graves desequilibrios políticos, económicos y sociales, se unen, como causa o como efecto, la violencia política de guerrilleros y de paramilitares –en la que participan las Fuerzas Armadas– y la violencia criminal ejercida por narcotraficantes y por delincuentes comunes.

El grave proceso de destrucción que se inició en Colombia décadas atrás constituye la historia de una tragedia cuyas raíces profundas se hallan en el siglo XIX. En el siglo XX, a partir del período conocido como “La Violencia”, en los años 50 –cuando el Partido Liberal y el Partido Conservador se disputaban con las armas el timón del país–, Colombia ha visto surgir, en los años 60, el movimiento guerrillero; en los 70, los grandes cárteles de la droga en Medellín y Cali; y en los años 80, las estructuras paramilitares: contraguerrillas, autodefensas y milicias privadas, al servicio de terratenientes y de narcotraficantes... Y ahora a todo ello se suma el mayúsculo problema del desplazamiento interno de más de medio millón de habitantes». Pero Colombia es más, afortunadamente, que ese cúmulo de problemas: el enfoque analítico de la realidad de cualquier Estado no se debe reducir a ver sólo una parte de ella; por ejemplo, los numismáticos, no sin acierto, valoran el anverso y reverso del objeto que les atrae.

hacen sospechar corrupción y, donde al mismo tiempo, la violencia política y social en lugar de bajar aumenta»³⁹³. En las recién celebradas campañas electorales, rompiendo la trágica rutina por vez primera, el ciudadano colombiano no situaba la cuestión de la seguridad en el centro de sus preocupaciones: «La actitud militarista contra las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) parecía agotada y ni uno solo de los candidatos ponía en duda la necesidad de seguir llevando a cabo una estrategia militar ofensiva. La preocupación esencial de los colombianos era la de su situación económica personal. En efecto, el país había registrado en 2009 uno de los menores índices de crecimiento (casi el 0 por 100) y la tasa de desempleo más alta (12 por 100) del continente»³⁹⁴.

Pese a ello, hay motivos para no ver siempre con pesimismo a este país. Resulta agradable encontrarse con comentarios como el de Chris Patten (Comisario Europeo de Relaciones Exteriores), quien ya a principios del presente siglo sostenía: «Cuando, hace algunas semanas, fui a Colombia me sorprendieron los tesoros que esconde este país en el que es posible encontrar la más antigua democracia de América Latina, una economía que dispone de abundantes recursos naturales y una vida intelectual floreciente»³⁹⁵.

Es indudable que Ecuador es un país que ha dado significativos pasos en la dirección de la estabilidad política, no obstante no nos encontramos en condiciones de asegurar que esto se traduzca en solidez democrática: no existe en ese país un nivel real de participación y los problemas sociales de pobreza y marginación son todavía muy agudos. «El 26 de abril de 2009 la reelección en primera vuelta de las presidenciales de Rafael Correa supuso una ruptura con la inestabilidad política del pasado reciente, caracterizada por numerosas destituciones de jefes de Estado»³⁹⁶. La vieja inestabilidad política ha sido vista y analizada desde hace varios decenios

393 *Los Andes: ¿emergentes o en emergencia?*, op. cit., p. 17. En el enfoque de la realidad colombiana, sería un error no considerar hoy hechos indicadores de que a la lucha contra la corrupción no le son ajenos los éxitos: en 2011, «la Corte Suprema de Justicia colombiana condenó a Jorge Noguera Cotes, quien había sido jefe de campaña electoral en las presidenciales de 2002 de Álvaro Uribe en el departamento del Magdalena (costa norte de Colombia). Ese mismo año Noguera llegó a la dirección del DAS (institución con funciones similares al Centro Nacional de Inteligencia en España), a cuyo frente se mantuvo hasta 2005, año en el que se iniciaron las investigaciones por su relación con los paramilitares. [...] Los magistrados de la Sala Penal encontraron que Noguera Cotes es responsable de los delitos de concierto para delinquir, homicidio, destrucción, supresión y ocultamiento de documentos públicos, así como de revelar información de tipo confidencial» (C. Carrillo, «Jorge Noguera a la cárcel», en *Madrid sindical*, n° 161 (octubre de 2011), p. 10.

394B. Badie y D. Vidal, op. cit., p. 494.

395C. Patten, «Colombia: una contribución europea a la paz», en *ABC* (30 de abril de 2001), p. 32.

396B. Badie y D. Vidal, op. cit., p. 495.

por G. Gorozabel Vinces³⁹⁷. En los quince años más recientes, la vida democrática se ha sumergido en reiteradas crisis: en 1996 fue elegido el populista A. Bucaram presidente, siendo destituido al año siguiente por el Parlamento, y éste nombró a F. Alarcón presidente interino; en el 2000, las reformas económicas generaron descontento y un golpe de Estado depuso a J. Mahuad; en el 2002, el ex militar Lucio Gutiérrez, al frente de una coalición de fuerzas indigenistas y de izquierda, accedió a la presidencia, pero en 2005, tras romper con sus aliados y ante la creciente violencia, su mandato fue revocado y lo sustituyó Alfredo Palacio; después de asilarse en Colombia, al regresar a Ecuador sería apresado; el 30 de septiembre del año 2010, el reelecto presidente Rafael Correa fue objeto de un intento de golpe de Estado por parte de la policía nacional conchabada con un sector de las Fuerzas Armadas.

En el Perú, a partir de 1980, se han sucedido los presidentes civiles elegidos democráticamente y de manera ininterrumpida: es un oasis en medio de una vida política turbulenta. Podemos afirmar que la democracia en la actualidad no es del todo cercana al común vivir de los peruanos, a pesar de tener estabilidad política —la que se lleva sin gran entusiasmo— y de hechos importantes como el funcionamiento del Tribunal Constitucional, la Defensoría del Pueblo y la buena marcha de otras instituciones. Su salud económica va en franco ascenso³⁹⁸; después de 93 meses de patente crecimiento sin pausa, en el ecuador de 2009, el Perú sintió los efectos económicos negativos de la crisis mundial y del desplome de la cotización de los productos mineros. «Sin embargo, volvió a registrar buenos resultados económicos desde finales de 2009, así que acabó el año con un crecimiento del 1,12 por 100. En 2009, Perú se convirtió en

397En verdad, la crisis que se arrastra tiene sus antecedentes en años muy pasados; denuncia Giorgi Gorozabel Vinces: «En Ecuador, y a propósito de cumplirse el denominado retorno constitucional al régimen de derecho y de vigencia de la vetusta democracia representativa, luego de sus ciento cincuenta años de fracaso, los actores políticos de esa nueva mascarada legalista burguesa, en sus propósitos de seguir manteniendo el control ideológico de las masas y el poder político del Estado, han elaborado nuevas y remozadas fraseologías y concepto de lo que es la democracia, y ahora nos hablan de una democracia participativa, que consiste en los mismos mecanismos propios de la democracia representativa que garantizan el dominio de las clases dominantes pero concediendo determinadas y limitadas prerrogativas a los sectores organizados de los trabajadores, para que tengan un minoritario y reducido acceso en los organismos de dirección de las instituciones pertenecientes al Estado y en aquellas dependencias que cumplen función pública o semipública» (G. Gorozabel Vinces, *El régimen constitucional y la democracia en el Ecuador*, Colegio Nacional Olmedo, Ediciones Festival Flor de Septiembre, 1984, pp. 171-172).

398Los más actuales estudios publicados por el PNUD (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo) en varios países del área latinoamericana —incluyendo Brasil, Chile, México, Perú y Argentina (tres países andinos)—, nos recuerdan que en dicha zona «hubo una reducción en la desigualdad durante los primeros años de este siglo. Dicha disminución se explica básicamente por una mejor incidencia del gasto social —derivado de un consenso político respecto a la importancia del combate a la pobreza— y por una dinámica de ampliación de la cobertura educativa a nivel básico y medio, que ha propiciado un cambio en la composición de la fuerza laboral en un contexto de globalización». H. Muñoz, op. cit., p. 2.

el tercer destino mundial de inversiones en la prospección minera, tras Canadá y Australia y por delante de Estados Unidos. También se convirtió en el primer destino de inversiones chinas en la región, gran parte de ellas dedicadas al sector minero. En 2009, Perú era el primer productor de plata del mundo, el segundo de cinc y cobre (por detrás de Chile), el tercero de estaño, el cuarto de plomo y el sexto de oro. El sector minero representaba el 6 por 100 del PIB y el 60 por 100 de las exportaciones. Por último, la Unión Europea y Perú llegaron en 2009 a un acuerdo de libre mercado»³⁹⁹.

Venezuela presenta una vida republicana salpicada por diferentes golpes de Estado, encontrándose su actual primer mandatario, el ex teniente coronel golpista del Estado Hugo Chávez –que accedió a la presidencia en 1999 y revalidó su cargo en 2000–, frente a una férrea oposición; la ambición política de éste le llevó a sustituir la Constitución de 1961 por la de 1999, la cual otorga al presidente de la República un mandato de 6 años con posibilidad de reelección inmediata⁴⁰⁰. El actual periodo de confrontación podría ser un dato de fragilidad en la estructura democrática del país.

Llamó la atención de la comunidad internacional el caso económico atípico de Venezuela. Durante muchos decenios, fue probablemente la nación andina que más flujo de divisas recibió por la gigantesca exportación de petróleo: no sólo constituyó eso el motor de su transformación económica sino también el elemento influyente en el campo de la política. «Como resultado de la ascendente demanda de petróleo en el período de posguerra, de la crisis iraní de 1954 y del cierre del Canal de Suez, Venezuela experimentó un boom económico fenomenal que literalmente forzó al país a industrializarse. En el período comprendido entre 1950 y 1957, Venezuela acumuló más moneda extranjera que cualquier otra nación del mundo, con la excepción de Alemania Occidental»⁴⁰¹.

La nación no pudo escapar al agravamiento de la crisis en el 2009, siendo afectada por una inflación del 25,1% y una caída del PIB del 2,9% tras cinco años de crecimiento continuo; ella, la tercera economía en el sur de América, se sumió en una verdadera incertidumbre: «La disminución del PIB del país, primer exportador de crudo de la región, se debía esencialmente a

399B. Badie y D. Vidal, op. cit., p. 495.

400«Artículo 230. El período presidencial es de seis años. El presidente o presidenta de la República puede ser reelegido o reelegida, de inmediato y por una sola vez, para un nuevo período».

401G. O'Donnell, op. cit., p. 304.

la caída de la actividad petrolera (-6,1 por 100), mientras que el sector no petrolero experimentó un descenso del 1,9 por 100. [...] La crisis energética (descenso en un 25 por 100 de la producción de electricidad) obligó a la Administración a efectuar frecuentes cortes eléctricos; se destituyó al ministro responsable de la energía eléctrica (enero 2010)»⁴⁰².

Pondría de relieve que en los años pasados más próximos, a la hora de examinar la estabilidad política y fragilidad de la democracia andina, se ha puesto el acento en reforzar el orden constitucional; empero, paralelamente no faltan los escépticos en su valor y eficacia⁴⁰³. En efecto, en épocas recientes se han producido, como reacción contra la ingenua creencia en la omnipotencia de la ingeniería constitucional, corrientes de opinión en sentido contrario que no sólo llevan al rechazo, sino incluso al desprecio de los mecanismos jurídico-formales destinados a preservar un orden democrático⁴⁰⁴. Y en esta actitud vienen a fundirse y a reforzarse mutuamente dos líneas de pensamiento de naturaleza y significación muy diferentes. Por un lado, una justificada indignación contra la hipocresía de gran parte de la historia político-constitucional andina, caracterizada por la coexistencia en dos planos paralelos y sin comunicación recíproca de unos principios excelsos, consagrados en una Constitución «de papel», cuya función es puramente ideológica, retórica o decorativa y una práctica política real, sórdida y abyecta, que sistemáticamente se burla de aquéllos. Por otro lado, está una línea de pensamiento, de inspiración marxista, que desprecia los mecanismos jurídicos como cuestiones de «mera forma», ilusorios en la sociedad capitalista, por falta de contenido «material» de la democracia y superfluos e innecesarios bajo el socialismo, porque bajo él, ésta sería «sustancial» o «real». «Ahora bien, aunque es cierto que ningún mecanismo jurídico es, por sí solo, condición suficiente para el mantenimiento de un orden democrático, pues esto depende, en gran parte, de condiciones políticas y sociales, así como de tradiciones, valores y actitudes que van más allá del

402B. Badie y D. Vidal, op. cit., p. 489.

403Quisiéramos ver cada vez más raquítica –hasta su extinción total– a aquella exigua minoría que no cree ni apuesta por la democracia ejercitada por los propios andinos. En sus mentes, aunque resulte muy deplorable, todavía perviven ideas siniestras, viejos prejuicios de una edad superada como las del fraile dominico T. Ortiz, Oviedo, Sepúlveda, Francisco de Vitoria (al que gran número de comentaristas llaman «el Sócrates español»), Alonso de Castro (H. Méchoulan, *El honor de Dios*, trad. de E. Sordo, Argos Vergara, Barcelona, 1981, pp. 60 y ss.).

404«El ataque por la izquierda al concepto originario de Constitución procede de la izquierda hegeliana y, finalmente, del marxismo en que ésta desemboca. Con resolución se intenta hacer la “reducción” de la norma constitucional formal a la estructura de poder real que la subyace y soporta y de la que aquélla no sería más que un enmascaramiento convencional. La vía se inicia precozmente con el famoso discurso berlinés de 1862 de Ferdinand Lasalle, Ueber Verfassungswesen; la Constitución escrita sería una “mera hoja de papel[...]”». E. García de Enterría, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1985, p. 42.

marco jurídico–institucional en que aparecen, no lo es menos que éste puede potenciar, para bien y para mal, las virtualidades contenidas en esos factores extrainstitucionales»⁴⁰⁵.

A los enemigos, detractores de la Constitución hay que servirles en todo momento el aplastante argumento de que «no existen constituciones perfectas, siempre habrán deficiencias y vacíos que llenar. Mas para esto, y para conseguir un adecuado reajuste de las normas constitucionales, está siempre el procedimiento reformativo de la Ley Suprema. El cambio de una Carta Política por otra, no es solución; sólo aporta una satisfacción coyuntural. Lo importante es dar al ordenamiento constitucional una vida real en el funcionamiento de las instituciones estatales y en la concreción de los derechos políticos, sociales y económicos. Este es el único camino para acabar con las “Constituciones de papel” o de simple fachada jurídica»⁴⁰⁶.

3.2 La modernización todavía está en camino

Hay interés en la región por llevar adelante ambiciosos programas de modernización. La intención es plausible. Nadie puede estar satisfecho en sociedades atrasadas, donde Estados burocráticos de andares paquidérmicos han devenido obsoletos y en donde se padeció *ad nauseam* de programas populistas onerosos e improvisados.

No es extraño que ante el fenómeno de la mundialización⁴⁰⁷ de hoy en día, los países andinos hayan asumido también el reto de modernizar sus economías, la estructura y papel del Estado. A lo largo de esta última década, estos procesos iniciados en años anteriores han incidido en aspectos tales como la incorporación y mejor utilización de la informática y medios electrónicos como apoyo científico a la información, al conocimiento y a la toma de decisiones; la racionalización del tamaño del Estado y su mayor eficiencia y productividad, especialmente en la administración central, el Poder Judicial y los organismos de recaudación de impuestos y de supervisión de servicios; la incorporación progresiva de indicadores de gestión para mejorar la

405J. C. Rey, «El Derecho de Excepción y el Régimen Jurídico de la Seguridad y Defensa en Venezuela» en *Estados de emergencia en la región andina*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1987, pp. 206-207.

406H. Salgado, *Instituciones políticas y Constitución del Ecuador*, Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales, Quito, 1987, p. 151.

407De ahora en adelante, me negaré a decir «globalización»; a mi ver, es mucho más expresiva la palabra «mundialización», empleada por el filósofo madrileño Ortega y Gasset en *La rebelión de las masas*. Escribía, refiriéndose a la vida: «Ésta se ha mundializado efectivamente; quiero decir que el contenido de la vida en el hombre de tipo medio es hoy todo el planeta» (J. Ortega y Gasset, op. cit., p.76).

producción promedio de los servicios públicos; la privatización de empresas y, por último, la promoción de un mayor desarrollo de la competencia en un mercado libre. De cara al exterior, luchan por la consecución total de los mercados a sus productos y para atraer el capital extranjero: parecen rechazar, al menos en su actual formulación, los principios de una mundialización económica que amenaza peligrosamente con condenarlos definitivamente a su actual status de suministradores de materias primas y de consumidores de los productos elaborados por el mundo industrializado.

El dinamismo y profundidad en estos procesos de modernización en la región andina son diversos. Probablemente, el más avanzado es el que se lleva a cabo en Chile. Este país ofrece el perfil de un Estado bien organizado, promotor y regulador de la economía y un sistema mixto de prestaciones sociales. Ya en el año 1996, la estrategia exportadora de la economía chilena sobrepasaba los 15 mil millones de dólares, lo que dio como resultado una balanza comercial y de pagos altamente favorables, reservas internacionales de aproximadamente 18 mil millones de dólares y un porcentaje de pobres que era el único de la región que sostenidamente descendía cada año desde 1990 (de 44% a 28%), según el Consejo Nacional de la Pobreza en el Informe Nacional sobre la Pobreza dado a conocer en noviembre de 1996, para alcanzar en 2009 el 15,1%⁴⁰⁸.

En los otros países, la modernización ha sido más bien concentrada en algunas áreas y sectores, y en general diseñada bajo la inspiración y conducción de los organismos financieros internacionales, siendo Colombia el país que, en este aspecto, escapó más a esa presión. En alguna medida, la ambición de llevar a cabo una modernización ortodoxa, pero en muchos aspectos distante a la realidad socioeconómica de los países andinos, explica el éxito relativo de los programas de modernización y el que, en varios sentidos, las mayorías de cada Estado se resistan a ellos.

Entre las más que varias medidas que deben llevar a cabo las naciones andinas en su firme empeño por dinamizar su modernización está la muy importante de luchar abierta y decididamente contra la pobreza, un mal arrastrado desde mucho tiempo atrás. Y así tenemos que Argentina en el segundo semestre de 2003 tenía 12.154.000 personas en situación de pobreza

⁴⁰⁸*Objetivos de Desarrollo del Milenio. Tercer Informe del Gobierno de Chile*, Naciones Unidas y Gobierno de Chile, 2010, p. 16.

(54% de la población), pero ésta ha de disminuir, mostrándonos el 2009 una reducción que obtiene el 13,2%⁴⁰⁹; «la meta establecida para el año 2015 de reducir la pobreza a menos del 20% de la población, fue alcanzada ya en el año 2008»⁴¹⁰. «Por su parte el coeficiente de Gini mostró una mejora del orden del 15% con relación al 2002, alcanzando el mejor registro desde abril de 1996»⁴¹¹.

En Bolivia, «el número de pobres [...] se redujo de 64,8% en 1996 a 50,6% en 2009 [...]. Esto implica que en este último año, de cada 100 personas que vive en Bolivia 51 son pobres moderados; el mayor porcentaje de éstos reside en el área rural (68,6%)»⁴¹². Consideramos justo poner de relieve que el índice de Gini en la nación experimenta una leve mejora a partir del 2000 (0,62), para situarse en el 2009 en 0,51, como resultado de los mayores ingresos laborales que percibieron los hogares y las transferencias gubernamentales. «Sin embargo, esta mejora no ha sido lo suficiente como para que el país deje de tener uno de los niveles de desigualdad más elevados en la región»⁴¹³.

En Colombia, puede apreciarse que se produce una tendencia a la disminución de la pobreza «que alcanza el 46% de la población en 2008. Sin embargo, las diferencias urbano-rural no solo continúan registrándose sino que se han venido acentuando»⁴¹⁴. A ello habría que agregar que el coeficiente de Gini «se ha mantenido relativamente estable de 2002 a 2008 (alrededor de 0,59)»⁴¹⁵.

En Ecuador, dentro del segundo lustro de los años 90, se produjo un amargo incremento de la pobreza y la extrema pobreza, esto es, del 39% en 1995 al 52% en 1999, observándose después una disminución durante los seis primeros años del 2000 (38% en 2006). Según el II Informe Nacional de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, este país se halla ubicado en el

409República Argentina. *Objetivos de Desarrollo del Milenio. Rendición de Cuentas 2010*, Consejo Nacional de Coordinación de Políticas Sociales Presidencia de la Nación y Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)-Argentina, Argentina, 2010, p. 28.

410Ibid., p. 29.

411Ibid., p. 28.

412Sexto informe de progreso de los Objetivos de Desarrollo del Milenio en Bolivia, Unidad de Análisis de Políticas Sociales y Económicas (UDAPE) y Comité Interinstitucional de las Metas de Desarrollo del Milenio (CIMDM), La Paz, 2010, p. 36.

413Ibid., p. 37.

414República de Colombia. *Los Objetivos de Desarrollo del Milenio. II Informe de seguimiento. 2008*, Departamento Nacional de Planeación, Bogotá, 2010, p. 21.

415Ibid., p. 32.

grupo de Estados latinoamericanos que acusan mayores niveles de desigualdad. En el período comprendido de 1995 a 2006, el coeficiente de Gini subió de 0,42 a 0,46, representando el dato un crecimiento de 4 puntos porcentuales⁴¹⁶. «Lo preocupante es que la reducción de la pobreza no esté asociada a transformaciones estructurales dirigidas a generar empleo y a reducir la desigualdad, ni a la existencia de políticas sociales prioritarias y coherentes. Por el contrario, el comportamiento de la pobreza está muy vinculado a los ciclos macroeconómicos, y en especial a los precios internacionales del petróleo y al ingreso de remesas»⁴¹⁷.

En el Perú, a partir de 1990, el presidente Fujimori puso un énfasis excesivo en la privatización de numerosas empresas públicas y adoptó una serie de medidas traumáticas, sostenía, para corregir la política económica de su antecesor, Alan García, quien había emprendido reformas radicales (nacionalización de la banca en 1987) antes de la recesión de 1988. Y situándonos en el 2009, el Instituto Nacional de Estadística e Informática estimaba que el 34,5% de la población del país estaba en situación de pobreza (unas 10 millones 300 mil personas, entre ellas 3,4 millones de pobres extremos)⁴¹⁸. «En el país, para el año 2009 se aprecia que el ingreso per cápita mensual real, ha mejorado, principalmente en las personas que conforman los deciles con los más bajos ingresos per cápita. Esta mejora de los ingresos, hizo que el índice de Gini [...] pase de 0,479 en el año 2008 a 0,475 en el 2009, es decir, se produjo una reducción en la desigualdad de los ingresos reales»⁴¹⁹.

Fue en el último año del siglo pasado, con Hugo Chávez, cuando se principia una franca y fecunda lucha contra la pobreza en Venezuela, disminuyéndose la pobreza extrema, para interrumpirse en el 2001 como consecuencia de acontecimientos políticos: paro patronal (diciembre 2001), tentativa de golpe de Estado y sabotaje petrolero (abril y diciembre 2002, respectivamente)⁴²⁰. En el informe *Cumpliendo las Metas del Milenio 2010*, se nos hace saber que, a partir de 2004, la pobreza extrema, una vez más, comienza a disminuir. «La reducción de la pobreza, desde la perspectiva económica, es el resultado principalmente de un incremento en el Ingreso de los hogares, complementada por las mejoras distributivas registradas en los últimos

416II *Informe Nacional de los Objetivos de Desarrollo del Milenio-Ecuador 2007. Alianzas para el desarrollo*, Sistema de las Naciones Unidas en el Ecuador y Gobierno Nacional del Ecuador, pp. 44-51.

417Ibíd., p. 44.

418Perú. *Evolución de los Indicadores de los Objetivos de Desarrollo del Milenio al 2009*, Instituto Nacional de Estadística e Informática y Naciones Unidas, Lima, 2010, p. 16.

419Ibíd., p. 25.

420*Cumpliendo las Metas del Milenio 2010*, República Bolivariana de Venezuela, Caracas, 2010, p. 26.

años. Con la reducción del Coeficiente de Gini se confirma la mejora en la distribución de los ingresos de los hogares venezolanos. Para el 1er semestre del año 2009, la desigualdad en la distribución del ingreso alcanzó un Gini = 0,3928, siendo el más bajo de América Latina y del período del Gobierno Bolivariano»⁴²¹. Mas estas cifras halagüeñas sufrirán una sensible modificación antes del fenecimiento del año anteriormente aludido: «Según las cifras del Banco Central de Venezuela (BCV), el país entró en recesión en el tercer trimestre de 2009. Las categorías sociales más desfavorecidas vieron que su poder adquisitivo decrecía y las “misiones” (los programas sociales que eran la punta de lanza de la política social del gobierno) en el ámbito del aprovisionamiento de productos alimentarios básicos o las nacionalizaciones en los dominios cruciales de la economía no lograban poner freno a esa tendencia»⁴²².

Creemos oportuno exponer algunos porcentajes que el Informe sobre Desarrollo Humano 2006 del PNUD nos ofrecía en el ámbito de la defensa nacional de los países andinos a fin de desdibujar la idea de que los mismos en su mayoría han estado enzarzados en un armamentismo que ha dificultado seriamente su desarrollo: Argentina gastó el 1% de su PIB; Bolivia, el 1,9%; Chile, el 3,8%; Colombia, el 3,7%; Ecuador, el 2,4%; Perú, el 1,3%; y Venezuela, el 1,1%; en ese mismo año, los Estados Unidos destinaba el 4,1% a ese rubro⁴²³.

Para los ciudadanos andinos, en la modernización en curso aún no se disipa de su *modus vivendi* la preocupación de que se sigan aplicando en cierta medida políticas que sólo miran cómo enfriar la economía y que no consideran fuertes programas sociales, generando, como es natural, incertidumbre en un sector importante de la población que vería ralentizadas sus posibilidades de educación, salud o empleo, así como menguados sus ingresos.

A decir verdad, la modernización todavía está en camino, las mejoras llegan a los sectores más necesitados con cuentagotas. Así, el crecimiento del que se habla es para las mayorías un dato estadístico que apenas atraviesa su experiencia vital. Ésta se encuentra más bien afectada por la falta de empleo, los salarios congelados y el encarecimiento de servicios esenciales. En una palabra, pobreza que disminuye todavía a un ritmo insuficiente.

421 Ídem.

422B. Badie y D. Vidal, op. cit., p. 489.

423 Instituto del Tercer Mundo, *Guía del Mundo 2009*, IEPALA y Fundación Santa María, 2009, pp. 609-613.

Todo lo cual sugiere reparar sobre las insuficiencias del modelo para enriquecerlo, hacerlo más flexible y evitar caer en soluciones que, como el populismo y el manejo irresponsable de los recursos naturales y los fondos públicos, son en gran parte causantes de atraso económico en la región. «El lugar del Estado está en la cúspide, “en la cabeza” de la sociedad»⁴²⁴. En consecuencia, las naciones andinas deben contar con sus respectivos Estados en su proceso evolutivo; nunca, en cambio, deberán decir de aquéllos «nada contra el Estado, nada fuera del Estado, todo para el Estado, todo a través del Estado»⁴²⁵. Y en esta apuesta por el progreso, cómo no considerar una reflexión de oro de Bertrand Russell, que debiera empujarles a redimensionar el valor de la ciencia como factor poderoso de desarrollo: tendrán que volcarse por potenciarla; asegura él: «Las comunidades más poderosas son las más científicas, aunque no son los hombres de ciencia quienes esgrimen el poder que confiere su conocimiento»⁴²⁶.

3.3 Una visión de la corrupción y el narcotráfico

La corrupción, lacra tan extendida y de muy vieja data, ha estado omnipresente en la sociedad andina. En lo atinente a esta cuestión en general, investigó Biancamaría Fontana, escribiendo: «Hay razones sobradas para afirmar que, desde los tiempos de la ciudad antigua, el principal problema político de Occidente ha sido erigir barreras para controlar a los individuos o grupos que tuvieran la tentación de subordinar el bien público a sus intereses personales. Desde hace ya más de dos mil años la corrupción aparece como la causa principal del cambio político, la tara que inevitablemente engendra la caída de todo régimen incapaz y su sustitución por otro al que se supone más competente»⁴²⁷. Los esfuerzos emprendidos para combatirla han sido grandes, pero pocos suficientes. En todos los países de la región se llevaron a cabo reformas en las distintas instituciones, desde el control mismo al Poder Ejecutivo, el funcionamiento del Parlamento, la elaboración y aprobación de nuevas leyes orgánicas del Poder Judicial hasta las distintas reorganizaciones en las fuerzas policiales.

Aunque los casos de corrupción que emergen a veces, por su dimensión, parecen superar a los anteriores, causando esto desaliento, sin embargo, con el funcionamiento del nuevo sistema

424E. Morim, op. cit., p. 54.

425R. Guardini, *El mesianismo en el Mito, la Revelación y la Política*, Talleres de Industrias Gráficas España, Madrid, 1948, p. 134.

426Vid. B. Russell, *El conocimiento humano*, trad. de N. Míguez, 5ª ed., Taurus, Madrid, 1977, p. 317.

427B. Fontana, «Las raíces de una larga tradición», en *El Correo de la Unesco* (junio 1996), p. 10.

democrático, no sólo existe la libertad necesaria para avanzar sino también mecanismos que permiten atacar este mal y corregirlo.

«Uno se corrompe porque quiere. El acto por el que se acepta un soborno o se cede a un tejemaneje es un acto individual y voluntario. Eso es lo que nos permite decir de quien lo hace que es un sujeto indecente o una autoridad venal. Nuestro juicio moral negativo descansa siempre en una acción personal que brota de la decisión del sujeto a quien juzgamos. También la posibilidad misma de someterle a un proceso penal depende de este hecho. Nunca debemos olvidarlo. Aunque a veces hablemos como si las hubiera, no hay fuerzas objetivas ni poderes institucionales que se impongan irresistiblemente a quien obra prostituyendo su escaño o vendiendo su posición de poder. Si ése fuera el caso, perderíamos nuestra posibilidad de juzgar su conducta. Quien se corrompe es un inmoral. Y no corromperse es sencillo: sólo tiene uno que plantarse y decir que no»⁴²⁸.

En el Viejo Mundo cobraron celebridad los casos de lucha contra la corrupción que implicaron a líderes políticos de inmensa relevancia. Recordamos a Bettino Craxi, quien fue primer ministro y líder de los socialistas italianos en el decenio de los ochenta y que murió en enero de 2000, a los 65 años, en su residencia tunecina, donde se hallaba exiliado desde 1994. Craxi había huido de la justicia italiana que le había condenado a más de 20 años de cárcel por diversos delitos relacionados con la corrupción política en el marco de la operación Manos Limpias⁴²⁹. También el caso de Helmut Kohl, investigado por presunta malversación de fondos públicos un año después de que fuera derrotado en las urnas tras un reinado indiscutible de 16 años en la política germana.

El tema –de dónde obtienen los partidos el dinero para su mantenimiento y campañas– ha venido a convertirse en uno de los talones de Aquiles de los sistemas democráticos avanzados y de la región andina. No ha perdonado a la escrupulosa Alemania (recuérdese el Caso Flick, en el que Kohl también fue investigado sin consecuencias), pero tampoco al Reino Unido, Francia, Italia, España...

Descubrir a estas alturas el potencial efecto devastador del dinero, engrasando por la

428F. J. Laporta, «Caldo de Cultivo», en *El País* (10 de julio de 2003), p. 11.

429E. Juliana, «Craxi muere refugiado en Túnez», en *La Vanguardia* (20 de enero de 2000), p. 3.

puerta falsa la vida política, sería una ingenuidad. El dinero no suele ser en sí mismo el problema; el meollo de la cuestión es la clandestinidad con que se recibe y maneja. Los fondos ocultos ayudan a los políticos a mantenerse en el poder y los ciudadanos tienen perfecto derecho a preguntarse si la práctica de obtener contribuciones de donantes misteriosos no esconde a cambio la obtención de determinados favores que no resistirían la luz del día.

Los sistemas democráticos tienen sobre los demás la ventaja de que albergan en su seno mecanismos de control más refinados. En el caso de la financiación de los partidos, parece evidente que sólo una rigurosa transparencia –acentuada por un electorado vigilante y una prensa libre– ofrece, junto con una limitación prudente de lo que se puede gastar en campañas, las garantías suficientes.

«Todavía hoy, el sistema de defensa de los Estados modernos contra la corrupción se basa en este dispositivo: competencia entre los partidos, libertad de información y separación de poderes. La fórmula parece en teoría aceptable, porque, mientras resulta cada vez menos probable que se produzca un consenso sobre la noción de bien público, la neutralidad de las instituciones políticas es lo menos que cabe exigir de la democracia»⁴³⁰. La lucha contra la corrupción no invita a mantener treguas pues ella, cual poderosa carcoma, es capaz de socavar las bases de las instituciones y los Estados, acabando con ellos; si no, veamos lo que decía Mikhail Gorbachev en la implantación de su fracasada perestroika (política reformista llevada a cabo en la URSS tras la llegada al poder de éste): «Naturalmente, las organizaciones del Partido seguían trabajando y la inmensa mayoría de los comunistas cumplía con sus obligaciones hacia el pueblo de forma sincera y altruista, aunque debe reconocerse que no se realizó ningún esfuerzo efectivo para erradicar a los individuos deshonestos, agresivos o egoístas. En términos generales, las medidas prácticas adoptadas por el Partido y otros organismos estatales no llegaban a satisfacer las exigencias de los tiempos y de la propia vida»⁴³¹. Y ciertamente la corrupción fue un poderoso elemento nocivo en el derrumbamiento del imperio soviético.

Un dato llamativo y alarmante actual en la región andina es la existencia de situaciones que sugieren la invasión por el narcotráfico de espacios que corresponden a la política y a la conducción política del Estado. En algunos países, la sospecha ciudadana sobre vínculos entre

430B. Fontana, op. cit., p. 14.

431M. Gorbachev, *Perestroika*, trad. de M. E. Borri, B.S.A., Barcelona, 1987, p. 21.

altos funcionarios, jefes militares y policiales, asesores de alto nivel, ministros, parlamentarios, etc. y redes de narcotráfico que actúan en toda la región está extendida. Las resistencias públicas en países como Colombia y Perú para dificultar investigaciones objetivas e imparciales han contribuido a aumentar la sensación de que efectivamente el poder del narcotráfico ha logrado penetrar en instituciones y corromper a autoridades que tienen responsabilidades en relación con la seguridad económica, financiera, ciudadana y jurídica.

Esta percepción ciudadana puede estar sobredimensionada pero no debe ignorarse que son varios los datos de la realidad que explican esta preocupación. Por un lado, se presentan resultados exitosos respecto de la captura de jefes y mafiosos de los principales cárteles, el decomiso de drogas o la disminución del hectareaje donde se cultivan ilegalmente plantas que sirven para la elaboración de estupefacientes. Por otro lado, informes y situaciones distintos señalan que los cárteles se están recomponiendo (incluso sus tentáculos llegan hasta México), que las rutas del narcotráfico se diversifican y que son las conexiones con el poder político y la corrupción a oficiales militares y policiales, o jueces y fiscales, las que neutralizan que el éxito en la lucha contra el narcotráfico sea definitivo.

Ya a principios de 1997, la Comisión Andina de Juristas informaba en Los Andes: ¿emergentes o en emergencia?: «El hecho es que se estima que anualmente en la región andina, el lavado de dinero proveniente del narcotráfico supera los 10.000 millones de dólares, siendo hasta la fecha insuficiente las disposiciones legislativas, administrativas y policiales para afectar sustancialmente las operaciones de blanqueo»⁴³².

Representaron relevantes antecedentes de corrupción los conocidos casos en distintos países andinos a fines del siglo pasado: en Bolivia, las investigaciones por el asunto del narcoavión revelaron la responsabilidad de funcionarios públicos⁴³³; en Colombia, más allá del Proceso 8.000, la resolución con que el Congreso eximió al presidente Samper en las

⁴³²Los Andes: ¿emergentes o en emergencia?, op. cit., pp. 22-23.

⁴³³Aseveraba ya hace 18 años Lupe Cajías: «Es justamente el tema del narcotráfico, fundamentalmente el circuito coca-cocaína, el talón de Aquiles de la Bolivia democrática y también de este gobierno. El último régimen militar, encabezado por Luis García Meza, fue acusado internacionalmente de ser un gobierno “narcomilitar”. Desde esa época (1980-82), las relaciones de Bolivia con EEUU y por tanto con la comunidad internacional tienen la sombra del narcotráfico.

Bolivia está clasificada como país “productor de materia prima” dentro de la nueva división del trabajo en la compleja red de la producción, tráfico y consumo de drogas ilegales, aunque en el país se den también los otros pasos» (L. Cajías, «Bolivia. La democracia se profundiza», en *Nueva Sociedad*, n° 134, Caracas (1994), p. 9).

acusaciones de haber recibido dinero del narcotráfico para su campaña electoral, le evitó el juicio ante la Corte Suprema, pero quedó en pie que habían existido relaciones con personas que luego ocuparon altos cargos, así como entregas de dinero⁴³⁴; en Perú conmovieron a la opinión pública las declaraciones de uno de los jefes de los cárteles peruanos juzgado por narcotráfico, Demetrio Chávez Peñaherrera alias «Vaticano», cuando declaró haber entregado 50 mil dólares mensuales durante un año al que fuera asesor presidencial, Vladimiro Montesinos, sin que se iniciara ninguna investigación al respecto (todo esto en un contexto en que los narcotraficantes se atrevieron a esconder cocaína en dos naves de la Marina de Guerra y en el avión que había solido usar el presidente Fujimori en sus desplazamientos al exterior)⁴³⁵.

No deja de ser esperanzadora, no obstante, la lucha contra la corrupción llevada a cabo en estos últimos decenios en el área andina; allí, contrastando con otros lugares denominados «desarrollados», en esa batalla se ha condenado judicialmente ni más ni menos que a tres ex primeros mandatarios, como fueron los casos de Carlos Andrés Pérez, Luis García Meza y Alberto Fujimori.

La dimensión de la guerra contra la corrupción ha adquirido ribetes tan serios que llevó a los constituyentes bolivianos y ecuatorianos a insertar dentro de sus respectivas Constituciones las fórmulas necesarias a fin de contrarrestar este mal.

El art. 108 de la Carta Magna de Bolivia enuncia: «Son deberes de las bolivianas y los bolivianos: 8. Denunciar y combatir todos los actos de corrupción»⁴³⁶.

La Constitución ecuatoriana determina en esta materia: «Art. 3. Son deberes primordiales del Estado: 8. Garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral

434Produjo un mayúsculo escándalo en la opinión pública colombiana la excarcelación de Fernando Botero, ex ministro de Defensa, luego de cumplir un tercio de la condena a prisión por recibir «narcodinero» para la campaña presidencial de Ernesto Samper en 1994. Ver «Botero recupera la libertad», en *Informe Latinoamericano* (27 de octubre de 1998), p. 77.

435*Los Andes: ¿emergentes o en emergencia?*, op. cit., p. 23.

436Además, sostiene el art. 123: «La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto [...] en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado [...]».

Y el art. 231: «Son funciones de la Procuraduría General del Estado, además de las determinadas por la Constitución y la ley: 5. Requerir a la máxima autoridad ejecutiva de las entidades públicas el enjuiciamiento de las servidoras públicas o los servidores públicos que, por negligencia o corrupción, ocasionen daños al patrimonio del Estado».

y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción»⁴³⁷.

3.4 Democracia con descentralización

Históricamente, los países andinos se han caracterizado por tener regímenes políticos centralistas, siendo acusados sus gobiernos de lo que señalaban Marx y Engels en el Manifiesto del Partido Comunista: «El gobierno del Estado moderno no es más que una junta que administra los negocios comunes de toda la clase burguesa»⁴³⁸. Esta tendencia ha primado en los procesos de toma de decisiones políticas, asignación y distribución de recursos financieros y económicos y administración y funcionamiento de los servicios públicos.

Es notorio, sin embargo, que algunos países andinos han alcanzado un mayor nivel de equilibrio y de desarrollo en el manejo de su espacio territorial. Los casos de Chile, Colombia y Argentina, con un creciente proceso de polos de desarrollo urbano que tienden a articular mejor la relación campo-ciudad-recursos naturales, marcan las posiciones más avanzadas en esa materia. A pesar de las dificultades anotadas, estos países podrían ser señalados como pioneros de descentralización y modernización de sus espacios territoriales.

Paulatinamente, la descentralización se ha convertido en el eje principal de las demandas sociales por cambio, modernización y desarrollo. Hoy en día, la consistencia de la democracia en los países andinos no se reduce a la cuestión de la legalidad constitucional, elecciones periódicas y separación de poderes. Los pueblos andinos han terminado por asumir cada vez más una democracia aparejada con la descentralización.

Algunos hechos registrados a lo largo de estos años ponen de manifiesto que es ésa la demanda popular de mayor capacidad movilizadora de los pueblos.

En 1995 se produjo un giro copernicano en el despegue por la descentralización de Bolivia: se dio la Ley de Descentralización Administrativa del Estado, fruto de amplia

⁴³⁷Asimismo: «Art. 83. Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: 8. Administrar honradamente y con apego irrestricto a la ley el patrimonio público, y denunciar y combatir los actos de corrupción»; «Art. 208. Serán deberes y atribuciones del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social [...]: 7. Coadyuvar a la protección de las personas que denuncien actos de corrupción».

⁴³⁸F. Engels y K. Marx, *Manifiesto del Partido Comunista*, trad. y ed. de Editorial Progreso, Moscú, 1978, p. 32.

deliberación y consenso. Se trató de una ley histórica clave para facilitar una equilibrada integración interna de ese país andino, fortalecer la participación ciudadana y, desde luego, mejorar las posibilidades de modernización y desarrollo de todo el territorio. Los resultados beneficiosos de tal norma se pudieron observar ya al año siguiente de su promulgación: «La descentralización provocó modificaciones en la distribución de los ingresos en el programa de inversión pública de 1996. En años anteriores los recursos se destinaban a cubrir las prioridades del gobierno central. En este año el presupuesto regional supera en 100% a los recursos asignados a la Administración Central»⁴³⁹. De manera principal, la descentralización ha sido incluida en la Constitución de 2008 en los arts. 271 y 280, apartados I y II, respectivamente⁴⁴⁰.

Chile ha abordado la descentralización con seriedad desde hace bastante tiempo; se ha empeñado en dinamizar la zona norte, donde las necesidades de descentralización aún son grandes. Su marco jurídico constitucional señala cuál es el rol del Estado en esa materia: «El Estado de Chile es unitario, su territorio se divide en regiones. Su administración será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, en conformidad con la ley» (art. 3). Los constituyentes chilenos, en un afán de reforzamiento a la descentralización, de manera imperativa consiguieron que la Carta Magna exija la elaboración y aprobación de una ley específica que regule sus diversos aspectos (art. 103)⁴⁴¹.

En Colombia, para combatir el viejo sistema político o administrativo que concentraba el poder y la gestión en un gobierno único y central, su Constitución de 1991, apenas empezado su texto, precisa que «Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales [...]» (art. 1). El país debe aún afrontar con mayor y más eficaz descentralización, por ejemplo, la pobreza extremada en la

⁴³⁹*Los Andes: ¿emergentes o en emergencia?*, op. cit., pp. 49-50.

⁴⁴⁰«Artículo 271: I. La Ley Marco de Autonomías y Descentralización regulará el procedimiento para la elaboración de Estatutos autonómicos y Cartas Orgánicas, la transferencia y delegación competencial, el régimen económico financiero, y la coordinación entre el nivel central y las entidades territoriales descentralizadas y autónomas».

«Artículo 280: [...] II. La Ley Marco de Autonomías y Descentralización establecerá los términos y procedimientos para la conformación ordenada y planificada de las regiones.

Donde se conformen regiones no se podrá elegir autoridades provinciales».

⁴⁴¹«Artículo 103: La ley deberá determinar las formas en que se descentralizará la administración del Estado, así como la transferencia de competencias a los gobiernos regionales.

Sin perjuicio de lo anterior, también establecerá, con las excepciones que procedan, la desconcentración regional de los ministerios y de los servicios públicos.

Asimismo, regulará los procedimientos que aseguren la debida coordinación entre los órganos de la administración del Estado para facilitar el ejercicio de las facultades de las autoridades regionales».

costa del Pacífico.

Ecuador aún espera un buen plan de descentralización que ayude a resolver los desencuentros entre la costa y la sierra. Constitucionalmente, se han consagrado varios artículos a fin de fomentar dicha descentralización (arts. 1, 3, 227)⁴⁴².

Las expectativas de descentralización no son menores en el Perú. Su texto constitucional quiere hacer hincapié en ese carácter: «Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado» (art. 43). Y, como si esto no bastare, ha reservado todo el Capítulo XIV («De la descentralización, las regiones y las municipalidades», dentro del Título IV, «De la estructura del Estado»), arts. 188-199, a reglar lo correspondiente a una política de descentralización. Y, tal vez, en una exageración retórica, se dispuso como colofón en su dispositivo final octavo que las normas de descentralización tienen prioridad en cuanto a leyes de desarrollo constitucional.

Venezuela, país inmensamente rico en petróleo cuya descentralización real y efectiva está por hacer, ha mostrado en estos últimos tiempos considerables intentos en la creación de un marco normativo-jurídico que favorezca la cuestión aludida. Dicha situación se advierte en la vigente Constitución; reza ésta: «La República Bolivariana de Venezuela es un Estado federal descentralizado [...]» (art. 4). Pondríamos de relieve la verdadera sana militancia que se hace en esta Constitución por la salvaguardia del régimen político de la democracia con el arma de la descentralización: «La descentralización, como política nacional, debe profundizar la democracia, acercando el poder a la población y creando las mejores condiciones, tanto para el ejercicio de la democracia como para la prestación eficaz y eficiente de los cometidos estatales» (art. 158).

3.5 Medidas de consolidación de la democracia en la región

Las democracias andinas enfrentan serios problemas, para estabilizarse en unos casos y para consolidarse en otros. La visión general es crítica. La falta de credibilidad en las

⁴⁴²«Art. 1: El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia [...]. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada».

«Art. 3: Son deberes primordiales del Estado: [...] 6. Promover el desarrollo equitativo y solidario de todo el territorio, mediante el fortalecimiento del proceso de autonomías y descentralización».

«Art. 227: La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización [...]».

instituciones, la intervención de los grupos de presión⁴⁴³, los excesivos espacios de autonomía y participación de las Fuerzas Armadas, la violencia política y social en algunos casos, las dificultades de los estados para mejorar las condiciones sociales, entre otras cosas, son deficiencias que debilitan la democracia y la hacen vulnerable a discursos autoritarios que, sustentados en promesas fáciles y demagogia, ofrecen cambios que ignoran o contradicen la esencia misma del sistema democrático.

A pesar de los avances que la democracia, su instalación y su desarrollo en la región andina representan con relación al pasado y que son reconocidos interna e internacionalmente, es claro que el mejor de los sistemas políticos vive en la región, bajo la presión de problemas o de las llamadas amenazas de contexto que no sólo podrían fragilizarla sino que de hecho la están poniendo duramente a prueba. Creo que los casos de Argentina, Bolivia y Ecuador son los de democracias muy frágiles y que están pasando por momentos de cuestionamiento profundo de su institucionalidad. La democracia en Chile, Perú y Venezuela se encuentra en vías de estabilizarse. Tal vez, nos animaríamos a aseverar que el único caso de democracia estable pero no consolidada es el de Colombia.

Sin embargo, los países implicados en la consolidación de una democracia más que en ciernes adoptaron medidas diferentes en la consolidación, dándose pasos importantes. «El primero de ellos, el Compromiso de Santiago de 1991, en donde al adoptar la Resolución 1080 en la Asamblea General celebrada ese año en Santiago de Chile se creó un mecanismo de

443«Los grupos de presión, como organizaciones que defienden intereses parciales, son instrumentos conformadores de la conflictividad, de las luchas que se desarrollan en el seno de la sociedad entre sus miembros. Así, partidos políticos y grupos de presión aparecen como los dos principales mecanismos de conexión entre la sociedad y el Estado, a través de los cuales se canalizan los conflictos sociales. El objetivo de los grupos es de servir de canal para la expresión de demandas al sistema político (por ejemplo, los movimientos por la paz que luchan contra la guerra y la represión), o a sus partes, pero estas demandas se fundamentan en intereses muy especiales [...] Los grupos de presión han sido considerados por amplios sectores liberales como unas entidades maléficas, destinadas a imponer unos intereses con carácter de privilegio a toda la sociedad mediante procedimientos poco recomendables, en especial a través de la presión sobre los poderes públicos, con lo que quebraría el supuesto carácter jurídico y neutral de aquéllos. Pero los grupos de presión no son categorías extrañas al funcionamiento de los sistemas liberal, democrático, fascista o socialista. El pluralismo de intereses sociales y las tensiones entre ellos no permiten la fijación de una sociedad unánime como realidad actual. Los grupos de interés surgen y actúan presionando sobre los aparatos del Estado, sobre la opinión pública o sobre otros grupos de interés. Basados en la existencia espontánea de intereses diversos, los grupos de presión son instrumentos imprescindibles para canalizar aquellos intereses. En este sentido, por ejemplo, cabe recordar el conflicto que enfrentó al presidente estadounidense John F. Kennedy con el grupo de principales industrias del acero poco antes de su asesinato en torno a los precios que este grupo de presión pretendía imponer» (*Los Partidos Políticos*, coord. ed. B. Muniesa, personalidad entrevistada R. J. Hooben por G. Della Rocca, Salvat, Barcelona, 1973, p. 62).

reacción rápida para afrontar situaciones de interrupción abrupta o irregular del sistema democrático. Inmediatamente después vino el Protocolo de Washington de 1992 vigente desde el año 1996 que llegó incluso a modificar la Carta de la OEA estableciendo entre otras cosas que en la situación de derrocamiento de un régimen legítimo por un golpe de Estado, se entiende que el país en cuestión puede quedar suspendido en sus derechos a participar y votar en los órganos del Sistema Interamericano. Las cumbres hemisféricas, la de Miami en el año 1994 y la de Santiago en el año 1998 reafirmaron los principios democráticos como elemento fundamental de ordenamiento del Sistema Interamericano y también lo ha hecho en su momento el Grupo de Río»⁴⁴⁴.

Particular relevancia tuvo el mecanismo de integración en Sudamérica, la Comunidad Andina de Naciones, desde el año 1998. Ésta estipuló que la pertenencia al sistema democrático es *conditio sine qua non* para seguir siendo parte del mecanismo subregional de integración.

En paralelo se fueron desarrollando otros mecanismos, llamémoslos preventivos, para que vista una nueva situación en donde proliferaban las elecciones en los distintos países⁴⁴⁵, se empezaran a llevar misiones de observación electoral por parte de la OEA que no tienen, en el caso del Perú del ya condenado Fujimori, una observación muy grata. Veremos cómo en las elecciones generales de 1995 por ejemplo, un faltante de 600 mil votos nunca fue explicado ni por los órganos del sistema electoral ni por la misión electoral de la OEA en ese entonces, cuyo informe final fue conocido un año después de las elecciones cuando era muy tarde para corregir problemas que a lo largo del proceso electoral podrían haber sido no solamente detectados sino advertidos a tiempo.

Cruzado hace bastante tiempo ya el umbral del siglo XXI, nuestro diagnóstico de la democracia andina apuntaría a que enfrentan hoy el problema de una erosión, de un estancamiento y de deformaciones peligrosas. Se puede afirmar sin triunfalismo que, pese a todo esto, la consolidación de la democracia y sus medidas viene cuajándose: el temor a los militares,

444D. García-Sayán, «Conferencia internacional: La defensa hemisférica de la democracia», en *Los problemas de la democracia en la región andina*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 2001, p. 113.

445Sería poco generoso no reconocer que los legisladores andinos se han esforzado por democratizar y depurar el aparato político, pergeñando todo un sistema de mecanismo electoral, que a la vez que permita la ampliación del sufragio universal sirva para depurar el organismo electoral, procurando hasta donde sea factible reemplazar el sistema mayoritario por el proporcional o el de minorías. Si bien se ha creado una red amplia de cuerpos organizadores y controladores de la función electoral, por la vía ejecutiva, administrativa y judicial, aún no se han alcanzado los resultados que serían de desear en esta materia.

fascistas o revolucionarios se ha disipado. Los más de los ciudadanos andinos han aprendido bien la lección: en el pecho de esta gran mayoría alienta un deseo de orden y paz, a la vez que el anhelo de una convivencia democrática. Las democracias más bien están amenazadas por los que participan en las elecciones y que después vacían el régimen democrático por dentro, la legitimación democrática ha servido como pretexto para desconocer los poderes y competencias de los órganos constitucionales, además existe el peligro de que sin un mejoramiento de la situación social, la democracia como régimen político y la economía de mercado como régimen económico van a perder aceptación⁴⁴⁶. Compartimos la certera visión de Antonio Aranibar: «Los peligros de la democracia están corroborando y dando fundamento a una afirmación como la que hace Hofmeister. Los peligros de la democracia están dentro de la propia democracia y esto está planteando que sus enemigos se encuentren dentro de la propia democracia, y naturalmente dentro del sistema económico cuya aplicación ortodoxa, cuya visión rígida, cuya inflexibilidad está conduciendo a callejones sin salida a nuestros países»⁴⁴⁷.

3.6 ¿Pueden sus Estados normar con eficacia situaciones de excepción?

Es una pregunta difícil en un Estado democrático cuya respuesta muchos prefieren evitar.

La experiencia de las tres últimas décadas en el ámbito de la lucha contra el flagelo del terrorismo, el crimen organizado, la macro y micro criminalidad y también contra la inestabilidad política, el malestar social, las catástrofes accidentales y ambientales nos ha enseñado que el problema es demasiado serio en el conjunto de las naciones andinas, desde que se recuperara la democracia.

El núcleo de la cuestión planteada aquí y ahora es saber si los Estados democráticos de la región andina pueden normar con éxito las situaciones anormales o extraordinarias que puedan presentarse en su funcionamiento: el reto supone la oportuna adecuación de la necesidad de la norma para resolver las crisis emergentes en la defensa del Estado democrático.

446 Las sociedades andinas eligieron el libre mercado, una opción en la esfera de la economía que le ha ocupado a Pablo Lucas Verdú examinarla formulándose cuestionamientos: «¿Es la economía de mercado la solución más justa y por tanto moral para organizar y hacer funcionar la sociedad política? ¿Es el impulso de acumulación de riquezas de unos cuantos y el empobrecimiento de muchos la mejor política social y económica?» (P. Lucas Verdú, *La Constitución en la encrucijada*, op. cit., p. 82).

447 A. Aranibar, «El marco latinoamericano de la democracia en la región andina: patrones, instituciones y actores políticos» en *Los problemas de la democracia en la región andina*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 2001, pp. 31-32.

El venezolano Hermann Escarrá Malavé, aporta a este respecto, escribiendo: «El concepto constitucional tradicional es el de que en esta situación de anormalidad se produce la sumisión de las normas positivas ordinarias a la ley suprema de conservación del Estado “*salus populi suprema lex esto*”. Las reglas jurídicas que constituyen la fuente de legitimidad de la convivencia política democrática cede ante la regla extraordinaria que busca tutelar la conservación del estado de derecho democrático, es siempre un orden regulado aún en la situación de excepción, aun cuando sea de un modo extraordinario y temporal. El problema consiste en que la no aplicación adecuada, así como la repetición del estado de necesidad, conduce a la desvalorización de la normalidad constitucional democrática, lo cual incide directamente en la doctrina de seguridad»⁴⁴⁸.

Al entrarse a una situación excepcional la misma deja un alto grado de discrecionalidad en la autoridad política y por ende, los estados excepcionales podrían ser empleados no sólo libremente sino también *at infinitum con animus abutendi*, dando luz verde a la arbitrariedad y a la imposición del estado autoritario o de tutelaje militar. Por tanto la doctrina democrática del Estado, debe cuidar y poner en práctica el difícil pero necesario binomio: seguridad del Estado-preservación de la libertad; se trata de sintonizar en un mismo sistema de normas legitimadas la *ratio juris* y la *ratio status*.

En los países andinos se ha dudado a menudo de la eficacia del Estado de Derecho –quebrantado en un sinnúmero de veces–; cada cierto tiempo se pone en el banquillo de los acusados a la Constitución, sin ocurrírseles probar cumplirla con seriedad. El mito de la Constitución dirán muchos: otro de los fantasmas de los liberales. Es el caso entonces de despejar el equívoco. ¿Por qué hay que conservar la Constitución, tanto por parte de la civilidad como por la de los hombres de la milicia que a menudo han tenido el infortunio de contar con mandarines que se inmiscuían en asuntos ajenos a su propio quehacer en lugar de cuidar las fronteras? Porque ella es el «ser histórico». La Constitución es un pacto, un contrato que los integrantes de la Patria concurren a firmar en cumplimiento de otros pactos naturalmente acordados respondiendo a exigencias reales históricas que fueron signando a esos países republicanos desde antes de su independencia.

448H. Escarrá Malavé, «Suspensión de las garantías lesionó el derecho a la libertad ciudadana», en *Boletín*, Comisión Andina de Juristas, n° 21, Lima (1989), pp. 21-22.

No debiera olvidarse, especialmente en los Andes que un Estado autoritario supone la capacidad para reprimir los conflictos mas no para combatir sus causas intrínsecas, reales. En el Estado democrático, se mantienen elementos coercitivos cuyo fin es superar la agresión y restablecer la paz mediante la vuelta al imperio del Derecho, de ahí que una de las funciones en dicho Estado es prever la sorpresa estratégica y contrarrestar el grado de incertidumbre ya que la violencia puede provenir de cualquier actor incluso de alguien identificado con el sistema, pero su actuación está vinculada a la interacción de los intereses económicos, sociales o políticos. Para el Estado autoritario la sociedad no es cognoscible por sus necesidades insatisfechas, sino respecto a la necesidad del orden; y el orden no es sino un programa de pacificación social que busca restablecer el sistema jerárquico de la sociedad en función de intereses económicos y privilegios: los medios y las consecuencias de la «pacificación» no le preocupan. El Estado autoritario –militar o civil– activa, para garantizar la «seguridad», los mecanismos de irracionalidad más primarios: ¡Cómo no recordar que bajo los gobiernos de Videla, Pinochet, Fujimori, eran numerosos los obstáculos morales al debate público y al uso de la razón hasta el punto de que, si uno planteaba elementos de análisis, de duda, de crítica o desconfianza sobre la realidad maniquea que ellos forjaron, de un mundo dividido entre el bien y el mal, parece que estaba obligado a hacer una declaración previa de principios contra el terrorismo: tener que explicitar que se está en contra de los malos recuerda los mejores tiempos del franquismo, cuando había que jurar los Principios Fundamentales del Movimiento para expresarse en público! ¡Es una obviedad que cualquier demócrata –ayer y hoy– está en contra del terrorismo y que desea verlo erradicado! Es propio de la Doctrina Autoritaria de la Seguridad la interpretación tecnocrática del proceso económico y autista del proceso social, destinada a la reimplantación de un modelo económico que garantice la subordinación y desnaturalización del Estado.

Añadiendo algo más, se hace necesario observar que el sistema democrático persigue normar las competencias de la autoridad y la decisión política, tornando el ejercicio del poder, en un concepto simultáneamente jurídico y político, de ahí que al analizar el estado de excepción debe entenderse éste como una categoría política y nunca como un decreto de consecuencias jurídico formales; decidir en el estado de excepción entraña determinar cuándo y por qué, está en peligro el Estado, de dónde proviene la agresión o la amenaza y el tipo de medidas extraordinarias que se pondrán en práctica. «Mantener al país sometido a un régimen extraordinario de suspensión de Garantías Constitucionales tiene una traducción política, pues

facilita la desmovilización social, autoriza el uso discrecional de la fuerza pública, el Gobierno queda habilitado con facultades excepcionales que le permiten poner en funcionamiento mecanismos extraordinarios en la jurisdicción penal y consolida la función aglutinante de las élites ante la existencia de un “enemigo interno”. El Estado que justifica este régimen de excepción que permite la detención autoritaria, el desaparecimiento de ciudadanos, el asesinato, la prevención de situaciones fácticas, logra anular la disidencia y permite identificar al ciudadano con la idea de que su seguridad personal depende de su incondicionalidad con las medidas del Gobierno enmascarando así las causas sociales y económicas y la verdadera crisis»⁴⁴⁹.

Aun cuando la gestión de sus administraciones no representa un trabajo sencillo, los Estados democráticos andinos vienen demostrando que sí están capacitados para afrontar situaciones de excepción, que además de tener una regulación normativa con la aplicación de las medidas pertinentes cuentan con una serie de recursos institucionales. También, por fin, han entendido que para combatir, erradicar la pobreza de vieja data y alcanzar su desarrollo, no hay orden económico, sea liberal, comunitario o marxista sin orden jurídico y no hay orden jurídico sin derechos concretos positivos a través de los cuales se realiza la justicia (supremo valor)⁴⁵⁰.

449Ibíd., p. 22.

450Un Estado democrático como España evidentemente en su joven evolución como tal ha sido investido por diferentes crisis. A mi entender, se supieron resolver las mismas con eficacia, gozando en la actualidad de gran salud. Reproduzco en las próximas líneas una jugosa entrevista realizada al expresidente Felipe González por Juan José Millás: su contenido arroja luces de cómo se administra un Estado ante situaciones muy graves en su existencia; lo expresado por el preguntado nos brinda una información que un libro de estado de excepción no nos muestra fácilmente en su desarrollo.

Dice Felipe González: «Tuve una sola oportunidad en mi vida de dar una orden para liquidar a toda la cúpula de ETA. Antes de la caída de Bidart, en 1992, querían estropear los Juegos Olímpicos, tener una proyección universal... No sé cuánto tiempo antes, quizá en 1990 o 1989, llegó hasta mí una información, que tenía que llegar hasta mí por las implicaciones que tenía. No se trataba de unas operaciones ordinarias de la lucha contra el terrorismo: nuestra gente había detectado –no digo quiénes– el lugar y el día de una reunión de la cúpula de ETA en el sur de Francia. De toda la dirección. Operación que llevaban siguiendo mucho tiempo. Se localiza lugar y día, pero la posibilidad que teníamos de detenerlos era cero, estaban fuera de nuestro territorio. Y la posibilidad de que la operación la hiciera Francia en aquel momento era muy escasa. Ahora habría sido más fácil. [...] En aquel momento solo cabía la posibilidad de volarlos a todos juntos en la casa en la que se iban a reunir. Ni te cuento las implicaciones que tenía actuar en territorio francés, no te explico toda la literatura, pero el hecho descarnado era: existe la posibilidad de volarlos a todos y descabezarlos. La decisión es sí o no. Lo simplifico, dije no. Y añadido a esto: todavía no sé si hice lo correcto. No te estoy planteando el problema de que yo nunca lo haría por razones morales. No, no es verdad. Una de las cosas que me torturó durante las 24 horas siguientes fue cuántos asesinatos de personas inocentes podría haber ahorrado en los próximos cuatro o cinco años. Esa es la literatura. El resultado es que dije que no.

–Hay algunas declaraciones tuyas que sugerían que algún tipo de actividad en la sombra era necesaria. Por ejemplo, cuando decía aquello de que al Estado se le defendía también desde los sótanos, desde las alcantarillas.

–Dicho así, inquieta una barbaridad. Algún día, cuando se explique la historia de ETA, se sabrá qué tipo de información nos daban y cuánto costaba. Se sabrá. ¿Cuáles son las alcantarillas? Si tienes un volumen de fondos reservados, la utilización de los mismos es la legalización de un comportamiento ilegal, es la autorización de un uso ilegal del dinero público. Es legal y al mismo tiempo ilegal. Y eso no tiene arreglo. Tiene arreglo

4. Comparación constitucional de los institutos excepcionales andinos

Durante el siglo XX y el presente, los siete países andinos, en su ordenamiento constitucional, han configurado el modelo de derecho de excepción que consideramos, sin duda, clásico dentro del Estado de Derecho, fundamentado en la previsión, ante el supuesto de una situación de emergencia, de una serie de modificaciones puntuales y concretas respecto de la vigencia ordinaria de la Constitución. Este mismo derecho de excepción se puede apreciar diversificado en una amplia pluralidad de institutos o estados excepcionales, estando cada uno comprendido por una especificidad, un supuesto particular de emergencia: verbigracia, estado de asamblea en caso de guerra, estado de catástrofe en caso de siniestros, estado de conmoción interior, estado de emergencia, estado de emergencia económica, estado de excepción, estado de guerra exterior, estado de sitio. No desconocían los constituyentes lo extremadamente delicado que representa su ejercicio por el Poder Ejecutivo, por eso decidieron asignarle al Parlamento facultades más o menos suficientes para su control. La abstención de las cámaras parlamentarias lleva consigo el riesgo inevitable de ser acusadas de pretender reducir la función del Congreso a la de una máquina de estampar firmas, dando al Poder Ejecutivo solamente cheques firmados en blanco.

Seguidamente expondremos la regulación de los estados de excepción en el sistema constitucional de cinco de las naciones andinas; omitimos el caso de Chile y Perú por ser abordado más adelante de manera específica en los capítulos VI y VII, respectivamente.

4.1 Argentina

Aun cuando la Constitución argentina (reformada en 1994) prevé sólo el estado de sitio, las respectivas disposiciones se encuentran dispersas indistintamente⁴⁵¹.

acabar con los fondos reservados y obviamente quedarte sin ese margen de información». J. J. Millás, entrevista a Felipe González, en *El País* (7 de noviembre de 2010), suplemento *Domingo*, pp. 7-8.

451 El recurso al estado de sitio en Argentina ha sido motivo de encendidas polémicas, pues hubo períodos en que se recurrió a dicho instituto de manera antojadiza. Comenta del artículo específico de la Constitución antes reformada Carlos Sánchez Viamonte: «La infortunada redacción del artículo 23 de la Constitución argentina ha dado pábulo a todas las desviaciones interpretativas del estado de sitio, no obstante ser este artículo suficientemente preciso en la limitación de las facultades del Presidente de la República al decir, en forma intergiversible, qué puede hacer y qué no puede hacer durante el estado de sitio» (C. Sánchez Viamonte, «El estado de sitio», en *Estudios sobre la Constitución Nacional Argentina*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1943, p. 388). Era menester por los años 40 contar con un pronunciamiento de la máxima instancia judicial que contribuyera a aclarar su verdadero carácter: «Según el alto tribunal: el estado de sitio es un arma de defensa

El estado de sitio puede ser declarado en caso de «conmoción interior» o «ataque exterior» que amenacen la Constitución o «las autoridades creadas por ella» (art. 23). Las competencias se encuentran repartidas de manera igual entre el ejecutivo y el legislativo. El presidente declara el estado de sitio en caso de un ataque exterior con la aprobación del Senado (arts. 99.16 y 61).

El Congreso lo declara en caso de «conmoción interior», en tal situación el presidente actúa sólo en subsidio del Congreso, pudiendo éste aprobar o derogar el estado de sitio decretado por aquél (art. 99.16 en concordancia con el art. 75.29). En torno a la duración sólo hace referencia el art. 99.16, que regula la competencia del ejecutivo por un «término limitado», sin especificar el cuánto. Desde un ángulo espacial, el art. 23 se refiere a las provincias o al territorio en el cual tiene lugar la perturbación del orden público, los arts. 75 y 99 hacen alusión a uno o más «puntos de la Nación».

Como consecuencias jurídicas, el art. 23 prevé la suspensión general de las «garantías constitucionales». El presidente puede detener personas y enviarlas a cualquier lugar del territorio, sin que hubieren sido sentenciadas o penalizadas⁴⁵².

4.2 Bolivia

La Constitución boliviana, en su título IV, «Garantías jurisdiccionales y acciones de defensa», ha insertado el capítulo III, «Estados de excepción», regulando un derecho de excepción diferente al que presentaba su predecesora. Así, por ejemplo, la hoy vigente ha omitido la denominación de los institutos excepcionales: cuando se refiere a situaciones de emergencia, sólo emplea la expresión de estado o estados de excepción⁴⁵³.

extraordinaria que la Constitución ha puesto en manos de los poderes políticos de la Nación, para que en épocas también extraordinarias, puedan defenderse de los peligros que amenacen tanto a la Constitución como a la autoridad que ella crea. Cuando la Constitución ha considerado necesario suspender las garantías que acuerdan algunas de sus cláusulas, por tiempo y en parajes determinados, lo ha hecho en términos tan expresos que difícilmente podría recurrirse por necesidad, a la interpretación, para tener pleno conocimiento de sus propósitos» (R. Moreno, «El estado de sitio, los procedimientos y la legislación», en *Revista de Derecho Penal*, n° 1, Buenos Aires (1946), pp. 12-13).

452El hábeas corpus como garantía constitucional bajo el estado de sitio ha sido sometido a la disyuntiva de si se suspende o no. Vid. A. G. Ziulu, op. cit., pp. 14 y ss.

453A lo largo de toda su vida republicana –siglos XIX y XX–, la población boliviana sufrió las inclemencias de numerosos estados de emergencia. Bolivia tuvo «una historia política constantemente alterada por golpes militares que interrumpieron sus breves procesos constitucionales. Durante esas dictaduras militares, por lo general, se cometieron graves violaciones a los derechos civiles y políticos» (*Bolivia: Neoliberalismo y*

Las causas están taxativamente señaladas para que el presidente del Estado tenga «la potestad de declarar el estado de excepción, en todo o en la parte del territorio donde fuera necesario». Ellas son, según el art. 137, en caso de presentarse un peligro para la seguridad del Estado o sufrir amenaza exterior, conmoción interna o desastre natural. El legislador boliviano ha querido ser exquisitamente cuidadoso en la protección de sus conciudadanos, señalándose en este mismo artículo: «La declaración del estado de excepción no podrá en ningún caso suspender las garantías de los derechos, ni los derechos fundamentales, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los derechos de las personas privadas de libertad».

En respuesta a los excesos perpetrados por el ejecutivo bajo los estados excepcionales, concretamente en los estados de sitio⁴⁵⁴ de Constituciones derogadas, el constituyente de la Carta Magna en vigor decidió otorgarle al poder legislativo funciones que se constituyeran en freno de tan amargas experiencias: la vigencia de la declaración de un estado de excepción se supeditará a la aprobación ulterior «de la Asamblea Legislativa Plurinacional, que tendrá lugar apenas las circunstancias lo permitan y, en todo caso, dentro de las siguientes setenta y dos horas a la declaración del estado de excepción» (art. 138.I). Este mismo artículo, en su apartado II, precisa que, después de agotarse el estado de excepción, queda prohibido declarar otro dentro del siguiente año; esta limitación va indicada al poder ejecutivo porque «salvo autorización legislativa previa», tal imperativo legal surtirá su efecto.

Queda demostrado una vez más el papel fiscalizador del primer poder del Estado, el legislativo, a quien tendrá que rendir cuentas el poder ejecutivo «de los motivos que dieron lugar a la declaración del estado de excepción, así como del uso que haya hecho de las facultades conferidas por la Constitución y la ley» (art. 139.I).

Derechos Humanos. Serie: Informes sobre Derechos Humanos n° 1, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1988, p. 48).

454«No obstante los marcos constitucionales previstos para limitar la recurrencia a la declaración de los estados de sitio, sucesivos gobiernos han mantenido una conducta proclive a la utilización de este mecanismo como medio de neutralizar la protesta o resistencia a sus políticas en diversos campos. De esa manera, la declaración del estado de sitio ha sido instrumentalizada como medio de “prevenir el ataque o la alteración violenta del orden público”» (*Bolivia. Administración de Justicia y Derechos Humanos. Serie: Informes sobre Derechos Humanos n° 6*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1993, p. 112). Baste recordar como reforzamiento, de lo dicho que durante el gobierno de Paz Estenssoro, se declaró el estado de sitio en agosto de 1985 y agosto de 1986. Con Paz Zamora estuvo vigente entre el 15 de noviembre de 1989 y el 7 de enero de 1990. El presidente Sánchez de Lozada lo declaró en varias ocasiones a causa de las perturbaciones en el territorio del Chapare, zona dedicada al cultivo de narcóticos, desde el 18 de abril de 1995 hasta el 15 de octubre.

Los autores de esta Constitución, percatándose del deficitario derecho de excepción elaborado, recurrieron insalvablemente a copiar el apartado 1 del art. 116 de la Constitución española de 1978 («Una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes»); expresa el artículo precedentemente enunciado, en el apartado III: «Los estados de excepción serán regulados por la ley».

4.3 Colombia

De conformidad con la Constitución de 1991 el presidente, con el voto de todos los ministros, puede declarar los siguientes estados de excepción: estado de guerra exterior (art. 212), estado de conmoción interior (art. 213) y estado de emergencia (art. 215).

El legislador de Colombia, como se ha mencionado con anterioridad, tras prescindir del estado de sitio⁴⁵⁵, crea en su nueva Carta Magna el estado de excepción de la «conmoción interior», «con la expresa indicación de que durante su vigencia –que sólo faculta a legislar al Ejecutivo– no quedan en suspenso los derechos humanos ni las libertades fundamentales (artículo 214)»⁴⁵⁶.

El estado de guerra exterior se relaciona con la situación de agresión exterior, y el estado de emergencia con otras perturbaciones del «orden económico, social y ecológico», o que constituyan «grave calamidad pública» (art. 215).

El estado de conmoción interior puede ser declarado en caso de una grave perturbación del orden público que se dirija en contra de «la estabilidad institucional, la seguridad estatal o la convivencia ciudadana», que no pueda ser conjurada con las medidas policivas ordinarias. Puede estar en vigencia hasta por un período de 90 días, y prorrogarse por dos períodos más, requiriendo la segunda prórroga de la aprobación del Senado (art. 213, párr. 1). Por añadidura, la vigencia de los decretos expedidos durante el estado de excepción (Decretos legislativos), que suspenden las leyes ordinarias, puede ser prolongada hasta por 90 días más, lo que implica que pueden tener vigencia hasta por 360 días (art. 213, párr. 3).

⁴⁵⁵La *mala fides* utilizada por los gobernantes colombianos a la hora de declarar el estado de sitio fue muy reiterada. Vid. A. J. Rivadeneira Vargas, *Historia constitucional de Colombia*, El voto nacional, Bogotá, 1962, pp. 97-98.

⁴⁵⁶Las constituciones latinoamericanas, op. cit., pp. 70-71.

La declaratoria del estado de conmoción interior le otorga al gobierno «las facultades estrictamente necesarias a fin de conjurar las causas de la perturbación e impedir la extensión de sus efectos» (art. 213, párr. 2), quedando habilitado para expedir los citados decretos legislativos (art. 213, párr. 3).

Comparado con el anterior marco jurídico, en la nueva Constitución se establecen límites acordes con el Estado de Derecho⁴⁵⁷.

De conformidad con el art. 213, párr. 4, el Congreso se debe reunir dentro de los tres días siguientes a la declaratoria del estado de conmoción interior para recibir del presidente un informe sobre las razones de la declaratoria. En ningún caso los civiles podrán ser llevados ante la justicia militar (art. 213, párr. 5).

De acuerdo con el artículo 214 son válidas las siguientes limitaciones y mecanismos de control:

- Los Decretos legislativos deben tener una «relación directa o específica con la situación (de emergencia)» (conocido principio de conexidad).
- Se deben respetar los derechos humanos⁴⁵⁸, las libertades fundamentales, el derecho internacional humanitario y el principio de la proporcionalidad.

⁴⁵⁷Alfredo Vásquez Carrizosa, a mi entender es quien con más claridad señala los peligros que entrañaba la acumulación excesiva de poder en el presidente de la república colombiana hasta antes de la dación de la Constitución de 1991: «Me he atrevido a calificar en una obra reciente el poder presidencial en Colombia, como una “presidencia imperial”. El expresidente Alberto Lleras en fecha todavía más próxima habló de la “monarquía presidencial”. Todos sentimos que el Primer Magistrado ha reunido en torno suyo una suma extraordinaria de facultades que lo hacen el supremo dispensador de los derechos de los colombianos; el gran ordenador del crédito público y privado; el gran director del manejo monetario, de las exportaciones como de las importaciones, árbitro único de inversiones del capital extranjero en Colombia; director único de las relaciones exteriores y comandante en jefe de las fuerzas de tierra, mar y aire.

Esas facultades de suyo extensas en la Carta de 1886 se han hecho aún más grandes con las reformas de 1936 que introdujo el principio de la intervención del Estado en la economía y de 1968 el de limitación de la iniciativa del Congreso en el gasto público. Y todavía más, la prolongada aplicación del Estado de Sitio, según al ilimitado art. 121 de la Constitución y del 122 de la Carta en las condiciones de 1974, han creado el problema de un poder ejecutivo presidencial con facultades que abarcan todos los órdenes del Estado [...] de suerte que la “monarquía presidencial” de Colombia es más bien absoluta» (A. Vásquez Carrizosa, «La reforma constitucional de 1979 y la crisis del Estado de Derecho en Colombia», en *Revista de la Universidad Externado de Colombia*, Volumen XXI, nº 1 y 2, Bogotá (1980), pp. 28-29).

⁴⁵⁸«Bajo los estados de excepción puede legítimamente el Gobierno someter el ejercicio de algunos derechos humanos a limitaciones transitorias. Tales limitaciones no pueden, sin embargo, ser de tal género o intensidad que al aplicarse produzcan la desnaturalización de los derechos sobre los cuales recaigan, por desconocer su “ámbito intangible”. El legislador de excepción debe respetar en toda circunstancia la integridad de los derechos inalienables de la persona y no puede vulnerar su eficacia invocando exigencias de seguridad nacional o de orden público.» (J. Córdoba Triviño, *El Defensor del Pueblo y los estados de excepción*, Comisión Andina de Juristas, Santafé de Bogotá, D.C., 1993, p. 5).

- No se interrumpirán las funciones normales de los órganos estatales.
- Tan pronto como cesen las causas de la declaratoria, se deberá restablecer la situación de normalidad.
- El presidente y los ministros serán responsables por todos los abusos que cometan.
- La Corte Constitucional decidirá sobre la constitucionalidad de los Decretos legislativos (cfr. también art. 214.6).

La nueva reglamentación constitucional fue concretizada mediante una ley reglamentaria.

Desde el 9 de noviembre de 1949 y hasta la expedición de la Constitución de 1991, el estado de sitio –con algunas interrupciones– fue prácticamente permanente; el 1º de mayo de 1984 se declaró por última vez antes de la entrada en vigencia de la nueva Constitución, y fue derogado con posterioridad a la expedición de la misma. Esto condujo a que se designara a Colombia como un «régimen de excepción», «un estado de excepción» o «el laboratorio del estado de sitio en Latinoamérica»⁴⁵⁹.

Bajo la vigencia de la nueva Constitución, y no obstante las restricciones constitucionales descritas, el «estado de conmoción interior» se ha declarado varias veces. La primera, lo declaró el presidente Gaviria del 10 al 16 de julio de 1992. En éste se crearon las bases jurídicas para expedir un decreto ejecutivo, que excluía la posibilidad de presentar, por parte de los detenidos por presunto delitos de terrorismo y narcotráfico, una solicitud de libertad provisional o de hábeas corpus.

No obstante la Corte Constitucional haber desarrollado una estricta jurisprudencia sobre los límites constitucionales de los estados de excepción, y de declarar la inconstitucionalidad de un decreto de estado de conmoción interior, el ejecutivo emplea ese instrumento a la ligera como reacción a las perturbaciones y conmociones de toda clase.

No es extraño, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que en la

⁴⁵⁹«Colombia es uno de los países que más se han mantenido en estado de sitio en América Latina; solamente rivalizaría con Paraguay. Los motivos que se han invocado para declararlo han sido de muy variada naturaleza y muchas veces no han correspondido a la entidad perturbadora del orden público de que habla la Constitución. Ejemplos de ello lo constituyen una huelga ferroviaria en el Departamento del Valle en 1946, un paro cívico en Barrancabermeja en 1963, protestas estudiantiles en 1971, o un paro de médicos del Seguro Social en 1976» (F. Tocora, op. cit., p. 261).

declaratoria del estado de excepción ordinariamente no se cumplan los presupuestos constitucionales descritos, especialmente la conexidad. Pero el ejecutivo se sustrae de la jurisprudencia constitucional declarando inmediatamente una vez más el estado de excepción.

Finalmente, se debe señalar también que con base en el estado de excepción se expiden determinadas disposiciones de excepción, que favorecen la impunidad. En efecto, el art. 2 del decreto 221 de 1995, por ejemplo, establece que en caso de una emergencia carcelaria el personal civil debe ser recluido en los establecimientos militares. De esa manera se favorece la desaparición de personas, como quiera que los establecimientos militares no están sometidos a ningún tipo de control civil.

4.4 Ecuador

«Siempre se ha reconocido que, incluso una ley muy cuidadosamente pensada, no puede contener una solución para cada caso necesitado de regulación que sea atribuible al ámbito de regulación de la ley; con otras palabras, que toda ley, inevitablemente, tiene “lagunas”»⁴⁶⁰. Esa afirmación de Karl Larenz, sin duda, se puede hacer extensiva a la Constitución ecuatoriana, la cual ha regulado su estado de excepción adoleciendo de lagunas muy visibles. Los autores decidieron prescindir de las diferentes denominaciones para referirse a situaciones distintas de emergencia y, a la hora de identificar a los institutos de excepción, de manera incompleta y demasiado reiterativa, utilizan como única expresión «estado de excepción» hasta en doce ocasiones en los artículos pertinentes a las situaciones de crisis⁴⁶¹.

El artículo 164 de la Constitución ecuatoriana del 2008, prevé que «la Presidenta o el Presidente de la República podrá decretar el estado de excepción en todo el territorio nacional o en parte de él, en caso de agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural».

460K. Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. de M. Rodríguez Molinero, Ariel, Barcelona, 1994, p. 359.

461Los encargados de elaborar la Constitución vigente huyen de poner en primera relevancia a los estados excepcionales y la respuesta es fruto de la gran inestabilidad política que estuvo presente en la historia ecuatoriana y que fue el caldo de cultivo perfecto para que se declarasen situaciones de emergencia. «En el pasado la competencia entre el Ejecutivo y el Legislativo o, más aún, la lucha entre partidos deslegitimaba el juego democrático y político en general, favoreciendo su inestabilidad y el regreso a regímenes de facto» (A. Adrianzén y otros, *Democracia, etnicidad y violencia política en los países andinos*, IFEA/IEP, Lima, 1993, p. 239).

Vale la pena enumerar las previsiones constitucionales, así tenemos que el artículo 165 prescribe que «Declarado el estado de excepción, la Presidenta o Presidente de la República podrá:

1. Decretar la recaudación anticipada de tributos.
2. Utilizar los fondos públicos destinados a otros fines, excepto los correspondientes a salud y educación.
3. Trasladar la sede del gobierno a cualquier lugar del territorio nacional.
4. Disponer censura previa en la información de los medios de comunicación social con estricta relación a los motivos del estado de excepción y a la seguridad del Estado.
5. Establecer como zona de seguridad todo o parte del territorio nacional.
6. Disponer el empleo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional y llamar a servicio activo a toda la reserva o a una parte de ella, así como al personal de otras instituciones.
7. Disponer el cierre o la habilitación de puertos, aeropuertos y pasos fronterizos.
8. Disponer la movilización y las requisiciones que sean necesarias, y decretar la desmovilización nacional, cuando se restablezca la normalidad».

Finalmente, en su artículo 166 prevé que «La Presidenta o Presidente de la República notificará la declaración del estado de excepción a la Asamblea Nacional, a la Corte Constitucional y a los organismos internacionales que corresponda dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la firma del decreto correspondiente. Si las circunstancias lo justifican, la Asamblea Nacional podrá revocar el decreto en cualquier tiempo, sin perjuicio del pronunciamiento que sobre su constitucionalidad pueda realizar la Corte Constitucional. El decreto de estado de excepción tendrá vigencia hasta un plazo máximo de sesenta días. Si las causas que lo motivaron persisten podrá renovarse hasta por treinta días más, lo cual deberá notificarse. Si el Presidente no renueva el decreto de estado de excepción o no lo notifica, éste se entenderá caducado. Cuando las causas que motivaron el estado de excepción desaparezcan, la Presidenta o Presidente de la República decretará su terminación y lo notificará inmediatamente con el informe correspondiente. Las servidoras y servidores públicos serán responsables por cualquier abuso que hubieran cometido en el ejercicio de sus facultades durante la vigencia del estado de excepción».

4.5 Venezuela

El artículo 337 de la Carta Magna venezolana de 1999 establece taxativamente que «el Presidente o Presidenta de la República, en Consejo de Ministros, podrá decretar los estados de excepción. Se califican expresamente como tales las circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos, a cuyo respecto resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos. En tal caso, podrán ser restringidas temporalmente las garantías consagradas en esta Constitución⁴⁶², salvo las referidas a los derechos a la vida, prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás derechos humanos intangibles»⁴⁶³.

Asimismo, el presidente o presidenta de la República según el artículo 338, párr. 1, podrá decretar el estado de alarma cuando se produzcan catástrofes, calamidades públicas u otros acontecimientos similares que pongan seriamente en peligro la seguridad de la Nación o de sus ciudadanos o ciudadanas. Dicho estado de excepción durará hasta treinta días, siendo prorrogable por treinta días más. Continúa en su párrafo 2, «que podrá decretar el estado de emergencia económica cuando se susciten circunstancias económicas extraordinarias que afecten gravemente la vida económica de la Nación. Su duración será de sesenta días prorrogables por un plazo igual». Por último en su párrafo 3 regula que «podrá decretarse el estado de conmoción interior o exterior en caso de conflicto interno o externo, que ponga seriamente en peligro la seguridad de la Nación, de sus ciudadanos o de sus instituciones. Se prolongará hasta noventa días, siendo prorrogable otros noventa días más».

El último artículo del Capítulo II, Título VIII de la Constitución de Venezuela, esto es, el

⁴⁶²Evidentemente restricción no es sinónimo de suspensión de garantías, entendiéndose por la primera una limitación, mientras que en la segunda hay una connotación de «pérdida» momentánea, temporal de determinados derechos. Sobre esta última las Constituciones venezolanas han regulado copiosamente. Vid. R. Escovar Salom, *Orden político e historia en Venezuela*, Italgráfica, Caracas, 1966, p. 84 y ss.

⁴⁶³Aun cuando podría parecer una perogrullada jurídico-constitucional, consideramos un acierto la mención de los derechos acabados de expresarse del artículo 337. La Venezuela de estos últimos años viene observando un cuidadoso respeto en la protección y cumplimiento de los derechos fundamentales, situación muy distinta a otros tiempos. Leyendo el *Informe anual* correspondiente a 1996/1997, se corrobora la vulneración prolongada de las disposiciones que protegen a la persona humana en el pasado. Su actual poder ejecutivo, mostrando gran sindéresis, no recurre ya al fácil e irresponsable estado de excepción que pueda suspender derechos fundamentales constitucionales. Vid. A. Abreu Burelli, *Situación de los Derechos Humanos en Venezuela*, PROVEA, Caracas, 1997, p. 13 y ss.

339, indica que «el Decreto que declare el estado de excepción, en el cual se regulará el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe, será presentado, dentro de los ocho días siguientes a su promulgación, a la Asamblea Nacional, o a la Comisión Delegada, para su consideración y aprobación, y a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie sobre su constitucionalidad. El Decreto cumplirá con las exigencias, principios y garantías establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Presidente o Presidenta de la República podrá solicitar su prórroga por un plazo igual, y será revocado por el Ejecutivo Nacional o por la Asamblea Nacional o por su Comisión Delegada, antes del término señalado, al cesar las causas que lo motivaron».

5. La suspensión de garantías en los estados excepcionales del Sistema Interamericano

La vigencia de los instrumentos internacionales con fuerza vinculante ha supuesto la afirmación de numerosos y fundamentales derechos sustantivos y la generación de interesantes mecanismos de protección. Son varios los organismos y diversos los procedimientos de los que se puede hoy hacer uso, incluyendo organismos jurisdiccionales supranacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estos organismos han gestado importante jurisprudencia sobre los distintos asuntos que les ha correspondido conocer.

Para los países de América, particularmente los que constituyen la región andina, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) es un instrumento cuyo vigor resulta determinante en la actuación de sus gobiernos a la hora de declarar los diferentes estados de excepción y la consiguiente suspensión de garantías constitucionales⁴⁶⁴.

5.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (también llamada Pacto de San José de Costa Rica o CADH) fue suscrita, tras la Conferencia Especializada Interamericana de

⁴⁶⁴Piensa Diego Valadés, refiriéndose al Nuevo Mundo, «no hay un solo país de este continente donde el exceso o desvío de poder no haya sido, alguna vez, fundado en la ambigüedad de las normas que prevén los Estados de excepción»: causa determinante del fenómeno que él califica como «dictadura constitucional» (H. Quiroga Lavié, estudio introductorio en Instituto de investigaciones jurídicas, *Las Constituciones latinoamericanas*, tomo I, 2ª ed., Universidad Autónoma de México, México D.F., 1994, pp. 69-70).

Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José de Costa Rica y entró en vigencia el 18 de julio de 1978. Es una de las bases del Sistema Interamericano.

Los Estados Partes en esta Convención «se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna» (art. 1.1). El ordenamiento jurídico de los países andinos la ha incluido al máximo nivel: la Constitución argentina expresa que «[...] la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [...] tienen jerarquía constitucional» (art. 75); la de Venezuela le asigna una prolija atención cuando se proceda a hacer uso de un estado de excepción pues, a la hora de declararlo, «el Decreto cumplirá con las exigencias, principios y garantías establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos» (art. 339).

En el ámbito regional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos son los órganos competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en la CADH, según lo dispone el art. 33 de este tratado⁴⁶⁵.

5.1.1 Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, compuesta por siete miembros elegidos por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), recibe, estudia y resuelve sobre denuncias de violaciones de los derechos humanos de individuos o grupos, así como sobre la situación general de los derechos humanos en países determinados. A esto se deben agregar sus actividades en la elaboración de nuevos instrumentos de derechos humanos y en la promoción, enseñanza y estudio de los mismos. Su labor trasciende a la propia CADH, pero es en el marco de este instrumento internacional en que elabora decisiones sobre casos individuales.

465«Artículo 33. Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención:

a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión, y
b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte».

Las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos constituyen recomendaciones a los Estados para una correcta aplicación de las disposiciones de la CADH.

5.1.2 Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, se compone de siete magistrados elegidos por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, en una votación donde sólo participan los Estados Partes en la CADH. Su competencia se da en dos ámbitos distintos: el contencioso y el consultivo.

En atención a su competencia contenciosa o jurisdiccional, la Corte Interamericana puede examinar violaciones de la CADH. Su competencia jurisdiccional se aplica sólo a aquellos Estados que se la han reconocido expresamente. Las sentencias emitidas por la Corte Interamericana deben ser acatadas obligatoriamente por los Estados que han formulado tal declaración. De acuerdo al art. 67 de la CADH, sus sentencias tienen el carácter de definitivas e inapelables.

En cuanto a la competencia consultiva de la Corte Interamericana, cualquier Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos puede solicitarle que emita su opinión acerca de la interpretación de la CADH o de otros instrumentos relacionados con la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Igual facultad tienen algunos órganos de la mencionada organización⁴⁶⁶. La Corte Interamericana podrá también, a solicitud de cualquier Estado miembro de la Organización de Estados Americanos, emitir opinión acerca de la compatibilidad entre cualesquiera de sus leyes internas y los instrumentos internacionales anteriormente mencionados.

La Corte Interamericana ha señalado en reiteradas oportunidades que estas Opiniones Consultivas no tienen el mismo efecto vinculante que sí poseen sus sentencias en casos sometidos a su jurisdicción⁴⁶⁷. Sin embargo, el valor de estas opiniones reside en que consisten

⁴⁶⁶En conformidad al art. 64 de la CADH, podrán pedir una Opinión Consultiva a la Corte los órganos enumerados en el capítulo X de la *Carta de la Organización de los Estados Americanos* (la Asamblea General, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, etc).

⁴⁶⁷Corte I.D.H., «Otros Tratados objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)», Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, serie A, nº 1, párr. 5.1.

en interpretaciones autorizadas de los alcances de las disposiciones de la CADH y, en tal sentido, deben guiar su aplicación en casos específicos⁴⁶⁸.

5.2 El artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Contenido y ámbito de aplicación

Este artículo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica está enclavado en el capítulo IV que se ocupa de la suspensión de garantías y de la interpretación y aplicación de la misma.

La citada norma permite la suspensión –provisional– de algunos derechos y libertades, en casos excepcionales y con la tésis de defender la democracia y el Estado de Derecho. Por ello se faculta a los gobiernos, en las hipótesis que dicha regla prevé, y por supuesto con carácter restrictivo, para que, teniendo en miras el interés general, dispongan que ciertas prerrogativas humanas –no todas– queden interinamente sin aplicación.

5.2.1 Situaciones en que se podrán suspender las garantías. Causales y condiciones para que éstas gocen de «legitimidad»

Dispone el artículo 27.1 que «en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social».

El artículo aludido habla de guerra, peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, determinando así las causales que posibilitan la «suspensión de las garantías».

⁴⁶⁸Comisión Andina de Juristas, *Protección de los Derechos Humanos*, Universidad del Rosario, Bogotá, 1999, p. 31.

Según la práctica de la Comisión y la opinión generalizada de la doctrina, para que dichas causales gocen de «legitimidad» tienen que darse las siguientes condiciones: 1) debe tratarse de una situación real o inminente, 2) la emergencia debe ser de extrema gravedad y 3) tiene que afectar a la continuación de la comunidad organizada.

Con respecto a la primera, la norma aludida enumera las circunstancias que pueden dar origen a esta medida. Como apunta Grossman, se debe tratar de hechos objetivos, verificables por cualquier observador imparcial⁴⁶⁹. De tal modo que no entran dentro de ese ámbito los peligros potenciales o eventuales. En este sentido puntualizó la Comisión que la emergencia tiene que ser grave, motivada por una situación excepcional, que signifique en realidad una amenaza para la vida organizada del país.

El segundo de los requisitos es que la emergencia sea de extrema gravedad. En este orden de ideas, digamos que para que tenga viabilidad, debe involucrar la independencia o seguridad del Estado. Repárese que si el peligro no es de tal índole, los gobiernos están potenciados para poner en práctica las restricciones permitidas por la Convención. Cabe apuntar que es ésta una condición subsidiaria, lo que significa que solamente pueden suspenderse las garantías si no han logrado éxito los medios comunes que tienen a su alcance las autoridades.

El tercero de los requisitos para que se configure el estado a que hace mención el artículo 27, es que –como anticipamos– la emergencia afecte a la continuidad de la comunidad organizada. Desde esta óptica ha sostenido la Comisión que la situación debe ser grave y motivada en hechos excepcionales.

5.2.2 Límites al poder del Estado Parte

El Pacto dispone límites al poder del Estado Parte para suspender derechos y libertades. En efecto, el apartado 2 del artículo 27 prohíbe, aun en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o la seguridad de un Estado Parte, la suspensión del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, del derecho a la vida, del derecho a la integridad personal, prohibición de la esclavitud y servidumbre, principios de legalidad y

469C. Grossman, «Algunas consideraciones sobre el régimen de situaciones de excepción bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos», en *Manual de cursos*, IIDH, 1988, p. 11.

retroactividad, libertad de conciencia y religión, protección a la familia, derecho al nombre, derechos del niño, derecho a la nacionalidad, derechos políticos.

El Pacto de San José de Costa Rica es el primer instrumento internacional de derechos humanos que prohíbe expresamente la suspensión de las «garantías judiciales indispensables» para la protección de los derechos que no pueden ser suspendidos: he ahí su gran mérito.

El párrafo 3 del artículo 27 establece: «Todo Estado Parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión».

5.2.3 Resolución de la Corte Interamericana en torno a la solicitud de Opinión Consultiva sobre la interpretación de preceptos de la CADH

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al absolver el 30 de enero de 1987 una solicitud de Opinión Consultiva sobre la interpretación de preceptos de la Convención Americana, ha elaborado pautas trascendentales en orden a interpretar el artículo 27, estableciendo: «Del análisis de los términos de la Convención en el contexto de éstos, resulta que no se trata de una suspensión de garantías en sentido absoluto, ni de la suspensión de derechos, ya que siendo éstos consustanciales con la persona lo único que podría suspenderse o impedirse sería su pleno y efectivo ejercicio»⁴⁷⁰.

El art. 27 es un precepto concebido sólo para situaciones excepcionales, como en caso de guerra, peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte. La misma Corte pone de relieve que «la suspensión de garantías constituye una situación excepcional»⁴⁷¹.

La Corte subraya que la suspensión de garantías no debe exceder lo estrictamente

⁴⁷⁰Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consideración número 18.

⁴⁷¹Ibíd., consideración número 24.

necesario para atender la emergencia.

A pesar de que los arts. 25 y 7 no están mencionados en el 27.2, las garantías que nacen en los mismos, es decir, el amparo y el hábeas corpus o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, deben considerarse entre aquellas «garantías judiciales indispensables» para la protección de los derechos no susceptibles de suspensión. Su conclusión fue que ellas «no pueden quedar enervadas en los estados de excepción»⁴⁷², criterio que quedó ampliamente ratificado en la OC/9⁴⁷³.

⁴⁷²Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987.

⁴⁷³Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987.

CAPÍTULO VI

LA AMARGA EXPERIENCIA DE CHILE

1. El estado de excepción y la defensa del Estado democrático hasta 1973

La normativa jurídica chilena en el terreno del estado de excepción hasta el 11 de septiembre de 1973 tenía por norte la mantención del régimen democrático⁴⁷⁴, si bien es cierto que más de alguna vez fue empleada en forma abusiva. Resulta interesante observar cómo no gozaba de mucha aceptación allí la teoría del derecho de insurrección⁴⁷⁵.

Conviene consignar que el régimen constitucional que se perseguía defender correspondería a un sistema democrático representativo, en el que se contemplaba satisfactoriamente la separación de los poderes públicos, se respetaban los derechos humanos fundamentales, imperaba el pluralismo político (durante la vigencia de la Constitución de 1925 fueron elegidos gobiernos de izquierda como los de Pedro Aguirre Cerda y Salvador Allende, de centro izquierda como el de Eduardo Frei, de derecha como los de Arturo y Jorge Alessandri, y hasta el de un ex dictador como Carlos Ibáñez); no existía discriminación política y los partidos políticos funcionaban libremente (salvo el período 1948-1958, en plena Guerra Fría, en que se proscribió al Partido Comunista por una ley de dudosa constitucionalidad); «regía una completa libertad de prensa y de opinión; había un avance más o menos sostenido en la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales; las Fuerzas Armadas estaban subordinadas al poder civil; la Constitución permitía su reforma de modo bastante expedito; se efectuaban elecciones periódicas mediante un eficiente sistema electoral; existía un recíproco control entre los poderes públicos, etc.»⁴⁷⁶.

En este régimen, el concepto de seguridad interior correspondía, por ende, al sistema democrático. Era protegido esencialmente por el derecho penal a través del código respectivo y de la Ley de Seguridad del Estado, esto es, de modo represivo, ante atentados concretos. Uno y

474 Los chilenos atravesaron un período de agitación que se inició apenas producido su proceso emancipador y concluyó en 1833, al dictarse la Constitución de ese año que regiría, sin interrupción, hasta 1925, la cual será reemplazada por un nuevo texto, que tendrá plena vigencia hasta el 11 de septiembre de 1973.

475 Hasta antes del golpe de Estado de Pinochet, en Chile, sus constitucionalistas en gran convergencia rechazan enérgicamente la teoría del jurista estadounidense de origen austriaco Hans Kelsen, «según la cual no es posible aceptar, lisa y llanamente, que la persona que deba ejecutar una norma se niegue a cumplirla alegando su nulidad, porque ese criterio importaría reconocer la facultad a todos los órganos estatales para hacer lo que más conviniese a los funcionarios.

Para los autores chilenos esa objeción no puede aceptarse porque siempre existen organismos para dirigir las contiendas que puedan suscitarse, en virtud de la organización jerárquica de los órganos estatales, encargados especialmente de velar por la legalidad de las normas» (R. Gallardo, *Estudios de derecho constitucional americano contemporáneo*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1961, pp. infra 119 supra 120).

476 Vid. R. Garretón Merino, op. cit., p. 132.

otro cuerpo legal hacen alusión taxativa al sistema democrático o al funcionamiento del Congreso Nacional (arts. 121 y 126 del Código Penal y arts. 4º letras f) y g) y 6º de la Ley de Seguridad del Estado). Incluso el art. 265 del Código de Justicia Militar protegía el régimen democrático.

La seguridad nacional correspondía, por lo tanto, a una teoría democrática que conciliaba las exigencias de la seguridad nacional y de la defensa jurídica del Estado democrático, concebido dentro de los límites adecuados, justos y razonables con el respeto de los derechos humanos, en un equilibrio equitativo de los requerimientos del orden democrático con las exigencias de la libertad de los individuos.

«Los estados de excepción constitucional estaban, también, en perfecta armonía con la naturaleza del régimen político, como se aprecia con una referencia a las causales que permiten su declaración a la exigencia de hechos concretos constitutivos de esas causales; a la finalidad inmediata, que es la superación de la coyuntura; y las medidas concretas que en ejercicio de los estados de excepción han podido adoptarse. Puede así apreciarse que todo conducía a la finalidad última que no era otra que la inalterabilidad del régimen democrático»⁴⁷⁷.

El derecho de excepción en el régimen constitucional chileno iba en sintonía con un Estado de derecho prolijamente considerado durante un largo período. Las palabras de Fernando Alessandri Rodríguez (ex presidente del Senado chileno) pueden darnos una idea del respeto de su pueblo por el imperio de la ley: «Pocos pueblos, en la América Latina, han sido tan celosos como el chileno en el culto de sus libertades públicas y en el afán de asegurar sobre bases republicanas una digna convivencia»⁴⁷⁸.

Hay que destacar como una de las etapas mejor realizadas la que abarca de 1891 a 1924 (comienza con una revolución y termina con un pronunciamiento militar). La vida parlamentaria no deja de contribuir en este ambiente saludable, recibiendo el influjo francés en su dinamismo⁴⁷⁹. El gran logro político institucional de este período es la paz interior, es una época

⁴⁷⁷ *Ibíd.*, p. 133.

⁴⁷⁸ L. Valencia Avaría, *Anales de la república*, t. I, Imprenta Universitaria, Santiago de Chile, 1951, p. IX.

⁴⁷⁹ La constitución de una Asamblea Nacional, mediante la reunión en sesión conjunta de las dos Cámaras del Parlamento, «es el modelo típico consagrado por la Constitución francesa de 1875, de la Tercera República», forma parlamentaria que se proyectará incluso en sistemas constitucionales andinos como el chileno, venezolano (P. de Vega, op. cit., p. 96).

relativamente tranquila, casi sin otra interrupción que la agitación electoral que promueven y mantienen los partidos. Se trata de una agitación perfectamente legal encauzada dentro de términos institucionales. No hay, pues, ningún gran movimiento que altere la seguridad interior. Esto produce a la distancia la impresión de un período idílico, sobre todo si se le compara hacia atrás o hacia adelante. «Durante esta época apenas se emplearon los estados de excepción»⁴⁸⁰.

Más importante que saber cuál es el alcance del estado de excepción en la Constitución y en las leyes es conocer si en los hechos se le activa o no. En la primera fase del Estado constitucional (1831-1861), el estado de excepción se declaró con demasiada continuidad. Se hizo menos frecuente en la fase comprendida entre 1861 y 1891. Finalmente, se utilizó en escasas ocasiones en el período 1891-1924; una primera vez en la presidencia de Jorge Montt y luego en 1919 bajo Juan Luis Sanfuentes, el penúltimo presidente de este período, en que hubo agitación obrera, huelgas y amenazas de un pronunciamiento militar.

«En otras palabras: el estado de excepción casi no se emplea durante el período 1891-1924, lo que demuestra que, en cierto modo, el gobierno de partido estaba suficientemente asentado. Contaba con un amplio respaldo en el sentir general del país, que se sentía representado por él y satisfecho con él. No había sectores descontentos que estuvieran en contra del régimen establecido. El juego de las elecciones, dirigido por los partidos políticos, bastaba para dar expresión a las tendencias dominantes sin que se pensara en recurrir a medios extraelectorales. Por lo demás, este juego sólo se traducía en pequeños vaivenes que reflejaban el avance o retroceso de los distintos partidos»⁴⁸¹.

Los estados de excepción históricos de raíz constitucional en Chile eran el estado de asamblea, el estado de sitio y las leyes de facultades extraordinarias al Ejecutivo. El primero sólo se declaró una vez (1872). Por ley se estableció el «estado de emergencia», de indiscutible inconstitucionalidad, que fue el que dio pie a mayores abusos en cuanto a su declaración, pero cuyas facultades no afectaban gravemente a las libertades públicas, salvo en cuanto a los derechos de reunión y de libertad de prensa.

480 B. Bravo Lira, *Historia de las instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica*, Editorial Jurídica de Chile y Andrés Bello, Chile, 1986, p. 222.

481 Ídem.

Respecto al primer punto, es decir, los fundamentos para la declaración de la excepcionalidad jurídica para el estado de sitio, desde la Constitución de 1833 se contemplaban el ataque exterior y la conmoción interior, conceptos que son similares a los de muchas otras constituciones latinoamericanas. El primero se explica por sí solo, mientras que la segunda siempre fue entendida como un «tumulto», levantamiento o alteración de un reino, provincia o pueblo, es decir, hechos fácilmente verificables o comprobables en cuanto a la materialidad de su constatación y que, de ocurrir, claramente suponen un peligro cierto para la estabilidad del régimen constitucional o la integridad del territorio de la independencia de la nación.

Las facultades extraordinarias al Ejecutivo sólo podía disponerlas la ley, vale decir, el Poder Legislativo, cuando «lo reclamare la necesidad imperiosa de la defensa del Estado, de la conservación del régimen constitucional o de la paz interior», norma que arranca desde la reforma de la Constitución de 1833 que se introdujo en 1874. Si bien no hay referencia a hechos concretos, como tumultos o levantamientos, hay una expresa referencia a situaciones que importan «necesidad imperiosa», es decir gravísimas; pero lo más trascendental es la finalidad perseguida: la defensa del Estado, la conservación del régimen constitucional, es decir, el sistema republicano y democrático del gobierno y la conservación de la paz interior.

«Tal estrictez hizo que en los 140 años transcurridos entre la vigencia de la Constitución de 1833 y el golpe de estado de 1973, el país haya conocido un total de sólo doce años y tres meses de vigencia del estado de sitio, de leyes de facultades extraordinarias o de ambas conjuntamente»⁴⁸².

El estado de emergencia reglamentado, únicamente, en la Ley n° 12.927 de 1958, del mismo modo, se autorizaba sólo en los casos de «guerra, ataque exterior o invasión», pero una reforma promulgada a raíz de un devastador terremoto agregó el de «calamidad pública», hechos todos concretos y fácilmente aprehensibles y en los que la mantención del régimen constitucional y la seguridad interior aparecen como valores en juego.

Los hechos constitutivos de las causales de declaración del estado de sitio, o de la concesión de facultades extraordinarias al presidente de la República, o del establecimiento de

482 R. Garretón Merino, op.cit., p. 134.

emergencia, siempre fueron conocidos por el país. Es verdad que la calificación de un hecho como «conmoción interior» o como causante de «necesidad imperiosa de defensa del Estado, del régimen constitucional o de la paz interior», o como «calamidad pública» siempre originó discusiones. «Particularmente censurable fue lo ocurrido durante los gobiernos de Frei (1964-1970) y Allende (1970-1973) en orden a calificar como “calamidad pública” simples hechos de carácter político»⁴⁸³.

La finalidad inmediata de la declaración de la excepcionalidad era, precisamente, superar la situación concreta que fuera considerada como conmoción interior o atentado a los demás valores mencionados, y no la persecución de la oposición política. La mejor prueba de ello fueron las últimas ocasiones en las que se concedieron facultades extraordinarias por ley al Ejecutivo, y en las que se declaró el estado de sitio. En el primer caso, ocurrido a raíz de asonadas callejeras —que el Parlamento consideró como atentados contra el régimen constitucional y la paz interior—, la ley que otorgaba esas facultades por seis meses (Ley 12.452 de 16 de abril de 1957) fue derogada a los diez días por expresa petición del propio presidente de la República. Y el estado de sitio decretado por el presidente Frei (con receso del Congreso) por conmoción interior (levantamiento de un regimiento en Santiago) el 21 de octubre de 1969, fue alzado por decreto del mismo presidente tres días después. En ambos casos, se estimó que la coyuntura había sido superada.

Las facultades que los regímenes de excepción entregaban al gobierno guardaban también directa relación con la conmoción o amenaza que los originaban. En efecto, en estados de sitio y de facultades extraordinarias sólo se permitía el arresto de personas en lugares que no fueren cárceles ni otros destinados a la reclusión de reos comunes; el traslado de las personas de departamento; la restricción de la libertad de imprenta y la restricción o suspensión del derecho de reunión (estas dos últimas, sólo en el régimen de facultades extraordinarias, y no en estado de sitio).

En estado de emergencia, la única restricción a la libertad personal era la posibilidad de someter a las personas a la vigilancia de la autoridad y controlar la entrada, salida y tránsito a la zona de emergencia. Y respecto a la libertad de expresión, el Jefe de Zona podía velar por el

483 Ídem.

secreto de las instalaciones militares y de las noticias de carácter militar, restringir la propaganda antipatriótica e impedir la divulgación de noticias que puedan provocar pánico en la población o desmoralización en las Fuerzas Armadas.

«Pues bien, puede apreciarse que todas estas atribuciones si bien se prestan para grandes abusos, aparecen concebidas como armas para combatir la emergencia concreta que se trata de superar, lo que es especialmente válido si se considera que están pensadas para funcionar en plena democracia, con un Parlamento vigilante de los excesos y asumiendo el Presidente de la República la responsabilidad política de las medidas que adopte»⁴⁸⁴.

Refuerzan este aserto tres normas fundamentales que establecían:

- a) la exigencia de que el estado de sitio sólo podía declararse en uno o varios puntos de la República;
- b) que las leyes de facultades extraordinarias no podían exceder de seis meses; y
- c) que las medidas adoptadas en virtud de estos estados no tendrían más duración que la de estos.

Lo expuesto nos permite afirmar la funcionalidad de los estados de excepción a la finalidad que les es propia de custodios aptos del régimen democrático. La concepción de «vida de la nación», entendida como «vida organizada de la comunidad», definida desde la Convención Europea de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950, estaba presente con otra terminología en los constituyentes chilenos desde 1833, y aún desde antes⁴⁸⁵.

2. Allende: primer régimen democrático-constitucional marxista del mundo

Este político chileno, miembro fundador del Partido Socialista de Chile, fue diputado, senador y ministro de sanidad (1939-1942). Se postula a la Presidencia de la República en cuatro

⁴⁸⁴ Ibid., pp. 135-136.

⁴⁸⁵ Consideramos pertinente para una mejor comprensión del epígrafe expuesto traer a colación lo manifestado por Ricardo Gallardo en 1961, cuando se encontraba en vigor la Constitución que precede inmediatamente a la de Pinochet; él corrobora el sentir chileno en lo concerniente a la buena marcha de su constitucionalismo y su firme convicción de que la solución de los posibles conflictos estaba en el acatamiento del marco legal antes que recurrir a la vía violenta: «A decir verdad el derecho de resistencia a la opresión ha perdido en importancia tanto en Chile como en la mayoría de los países que han adoptado, con eficacia y solidez, el principio de la inconstitucionalidad de las leyes (Art. 4 y 86, inc. 2 de la Constitución de Chile). Allí notamos nuevamente un motivo para reconocer el aporte que las teorías de Kelsen ha suministrado, desde el período de la primera post-guerra, a la doctrina que propugna el ordenamiento de las normas jurídicas a través de una sana estructuración de los órganos estatales» (R. Gallardo, op. cit., p. 120).

oportunidades: en las elecciones de 1952 obtuvo un magro resultado; en 1958, alcanzó la segunda mayoría relativa tras Jorge Alessandri; en 1964, logrará un 38% de los votos, que no le permitieron superar al demócrata-cristiano Eduardo Frei Montalva: «La clara derrota de Allende en 1964 (977.902 votos) frente a Frei (1.409.012 votos), que la mayoría de los militantes de izquierda no esperaba, suscitó muchas incertidumbres en el seno del Frente de Acción Popular»⁴⁸⁶; y, finalmente, en una reñida elección a tres bandas, consiguió la primera mayoría relativa de un 36,3%, siendo electo por el Congreso Nacional; de ese modo, ha de convertirse en el primer presidente marxista del mundo en acceder democráticamente al poder.

El gobierno de Allende, apoyado por la Unidad Popular (un conglomerado de partidos de izquierda), destacó tanto por el intento de establecer un camino alternativo hacia una sociedad socialista —la «vía chilena al socialismo»— como por proyectos como la nacionalización del cobre, la polarización política en medio de la Guerra Fría y una grave crisis económica y financiera. La Cámara de Diputados, de mayoría opositora, aprobó un oficio de fecha 23 de agosto de 1973 en el que acusaba al gobierno de Allende de incurrir en violaciones permanentes de la Constitución.

Su legislatura presidencial no llegaría a concluirla. Comenta Manuel Castells acerca de la participación de la fuerza política de Allende: «El programa con el que la Unidad Popular ganó las elecciones presidenciales de 1970 es un programa antilatifundista, antimperialista y antimonopólico que abre la vía hacia el socialismo. Se concretó, además, en una serie de medidas precisas de las que se consideraron como prioritarias aquellas encaminadas a detentar el control de los sectores clave de la economía y a elevar el nivel de vida del pueblo en forma inmediata. Ello implicaba el poner en cuestión desde el principio y en profundidad los intereses económicos estructuralmente dominantes y en base a los cuales se habían generado las instituciones jurídicopolíticas y la ideología del capitalismo dependiente chileno. Es decir, el cumplimiento del programa, incluso en su primera fase (o programa mínimo) significaba una agudización brusca y un salto cualitativo de la lucha de clases»⁴⁸⁷.

486 A. Labrousse, *El experimento chileno*, trad. de P. Ardiaca, Grijalbo, Barcelona-México, D.F., 1973, p. 193.

487 M. Castells, *La lucha de clases en Chile*, Siglo XXI Argentina Editores, Buenos Aires, 1974, pp. 149-150.

2.1 Conquista del poder y Fuerzas Armadas

Una vez instalado en el poder, el presidente Allende supo entender que su misión gubernativa no podía dejar de contar con una fuerte relación y comunicación con las Fuerzas Armadas. Desde un principio les otorgó un trato preferencial, mimándolas con la concesión de privilegios distintos, entre ellos económicos⁴⁸⁸: «El 25 de marzo de 1970, declaraba a los representantes de la prensa internacional: “Las Fuerzas Armadas chilenas son la garantía de este proceso... Por último, ¿qué cosa son las Fuerzas Armadas? Son el pueblo con uniforme”... Y estas declaraciones no estaban destinadas solamente a la exportación. El 28 de junio, ante los campesinos de la ciudad de Linares, en la zona central, precisaba: “He señalado que es posible este proceso de transformación, porque las Fuerzas Armadas de Chile y carabineros tienen una conciencia profesional, respetuosa de las leyes y la Constitución Política, lo que no ocurre en la mayoría de los países latinoamericanos y lo que es una excepción de hecho en este continente y aún en otros continentes”»⁴⁸⁹.

Salvador Allende no ahorrará ningún esfuerzo por ganarse la simpatía y la obediencia de los uniformados. Durante los siete primeros meses de su mandato ya se había reunido catorce veces con ellos. Uno de sus próximos colaboradores llegó a quejarse de que el presidente «pasaba el tiempo encerrado con los militares en lugar de ir a las fábricas, por ejemplo, donde hay conflicto»⁴⁹⁰. En este empeño por ir conquistando nuevos espacios, y más seguros, el Presidente marxista recibe el proficuo apoyo del ministro de Defensa Nacional, Alejandro Ríos, quien al haberse desempeñado como profesor en la Escuela Superior de Guerra mantiene múltiples relaciones entre los militares del alto mando; asimismo, van a secundarle los jesuitas, que dirigen seminarios de formación dentro de los círculos militares y son partidarios del gobierno de la Unidad Popular.

Sin embargo, los dirigentes de la Unidad Popular no ocultan que se trata de una posición táctica, con miras a evitar cualquier intervención cuando el proceso se agudice. Pues ya una

488 De esta situación ventajosa de los efectivos militares chilenos se puede leer: «Ciertamente es que su nivel de vida real ha subido, con la Unidad Popular, más que el de ningún otro grupo social, y que también Allende mantiene una deferencia especial en su trato con los militares, no sólo a través de constantes reuniones, sino, ante todo, respetando estrictamente las reglas internas de la institución militar, en todo lo que se refiere a organización y carrera» (Ibíd., p. 418).

489 A. Labrousse, op.cit., p. 348.

490 Ibíd., p. 354.

fracción del partido barruntaba un posible golpe de Estado que llevaría a emprender la lucha armada. En verdad, Allende en su diagnóstico político no olvidaba que los resultados electorales no fueron todo lo halagüeño que hubiera esperado: «*La elección a tres bandas* (Derecha conservadora, Democracia Cristiana y Unidad Popular) que permitió el triunfo de Allende con sólo 36,3% de la votación, aventajando a Alessandri (Derecha) en 39.000 votos (un 34,9%) y a Tomic (Democracia Cristiana) en 248.000 (un 27,8% de la votación)»⁴⁹¹.

Allende y su entorno más próximo, creían que la extrema derecha era nada sin las Fuerzas Armadas, esforzándose al máximo por ganarse su adhesión. Por eso, «el presidente Allende no empieza o no acaba ningún discurso sin rendir un vibrante homenaje a las Fuerzas Armadas y al cuerpo de carabineros, y la prensa de izquierda rivaliza en elogios. La lectura de los diarios socialistas y comunistas, principalmente cuando la fiesta nacional, no deja de sorprender»⁴⁹². Mas todo el esfuerzo persuasivo fue infructuoso: los militares no dejarían instaurar un régimen que significaría una real profundización revolucionaria. No quisieron entender ni aceptar que «en un sistema democrático las FFAA se hayan sometidas a los poderes constitucionales y se integran en el ámbito de la Administración del Estado quedando así sujetas a los controles administrativos y judiciales propios de cualquier órgano administrativo»⁴⁹³.

2.2 Derrocamiento de Allende por Pinochet y masacre de un pueblo

Pinochet, alentado, apoyado y financiado por la ultraderecha de su país, decide acabar con el régimen democrático de Allende⁴⁹⁴. No es de extrañar encontrar a intelectuales de ese sector justificarlo. Uno de éstos, Ignacio Palma Vicuña, comenta alegremente: «El “pronunciamiento” militar del 11 de septiembre, no fue el resultado de una conspiración civil que ganó los cuarteles, aunque hubo muchos civiles chilenos y extranjeros que contactaron con los militares. Dada su precisión, rapidez y unidad, tampoco fue la acción de algún caudillo militar, pues sin duda alguna implicó un plan detalladamente preparado. Fue sí la convicción, adquirida especialmente en los últimos meses, de que los sectores políticos civiles no podían o

491 M. Castells, op.cit., p. 369.

492 A. Labrousse, op.cit., p. 354.

493 G. Jáuregui, «Transiciones políticas y consolidación democrática en América Latina», en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, n° 98, Medellín (1997), p. 25.

494 Su gobierno, que alcanzaría a durar mil días, terminó abruptamente mediante un golpe de Estado el 11 de septiembre de 1973, en el que participaron Augusto Pinochet con la complicidad de las Fuerzas Armadas chilenas y el cuerpo de carabineros, tres años antes del fin de su mandato constitucional.

no querían arriesgar una fórmula que, con su participación, diera salida al vacío de poder en que se debatía Allende.

Los militares son muy sensibles a la impresión de que el Estado se debilita, pues ellos se ubican siempre como servidores del Estado y no del Gobierno»⁴⁹⁵.

Lo cierto es que el felón Pinochet ejecuta su golpe de Estado contra Allende en confirmación de que eran tiempos entonces, en la América andina, de la era militar golpista; quedaba con esto claro el núcleo aparentemente monolítico de los cerriles encaramados en Chile, Perú, Bolivia, Argentina: el sur del sur, el cogollo de las berzas. Se hacía pertinente preguntarse sobre este nuevo «demonio de la muerte», sobre los golpistas castrenses: ¿hasta cuándo podrán resistir esos cabalgantes de la más estulta, anacrónica y más criminal de las cruzadas contemporáneas, esos otros jinetes del apocalipsis? A nuestro ver, esta interrupción del sistema democrático chileno significó un franco retroceso en su marcha hacia mejores destinos. Pinochet no podía ser la excepción, «nunca hemos creído en las “revoluciones” que hacen las Fuerzas Armadas. Puede haber –es obvio– militares lúcidos. Algo parecido a lo que acontecía en el Senado romano. El ejército, como unidad, es un estamento con funciones específicas, intereses limitados, convicciones impuestas, sometido a disciplina y extraño, por definición, a la sociedad civil, inapto para tareas políticas, que no se compadecen con la obediencia y las ordenanzas del cuartel. No está capacitado para hacer “revoluciones”. Y no puede hacerlas sin negarse. Seguimos creyendo que las armas deben inclinarse ante la toga, o que los partidos deben comandar al fusil. Hasta Clemenceau, que conocía de sobra el paño, llegó a decir que por ser la guerra cosa demasiado seria, no debe confiarse su dirección a los militares»⁴⁹⁶.

La victoria electoral de Allende se erigió en una alternativa modélica de resonancia mundial; no fueron sólo los pueblos de los países en vías de desarrollo los que cifraron sus mejores esperanzas en ella, sino también líderes del denominado mundo desarrollado: su cruenta interrupción produciría reacciones. Reproducimos lo dicho por Arturo Montes Larrain: «(La izquierda francesa recordó la victoria de la Unidad Popular chilena en 1970 antes de firmar su Programa común de gobierno, en 1972; después del golpe de Estado del 11 de septiembre de

495 I. Palma Vicuña, «Aportes para un análisis de la crisis chilena», en *Estudios Internacionales*, n°26, Editorial Francisco de Aguirre, Buenos Aires (1974), p. 44.

496 C. Quijano, «Revolución y militares», en *Cuadernos de marcha*, n° 4, México (1979), p.4.

1973 el Partido Comunista italiano propuso *il compromesso storico* a la Democracia Cristiana de Aldo Moro). Habría que volver a recordar a Marx para concluir que en este país lejano la historia no cambió a través de la *lucha*, sino a través de su contraria, la *pacificación*, que desarmó a la lucha»⁴⁹⁷.

El experimento de Allende, tal vez un poco ingenuo, su modelo de socialismo pacífico, se ve frustrado, confirmándose de esta forma para muchos marxistas radicales que el poder —y su sostenimiento— se podía alcanzar sólo a través de la lucha armada. «El gobierno de Allende quería avanzar abiertamente en el camino hacia el socialismo, sin pretender establecer, en el transcurso de su período, una sociedad totalmente socialista, y sin declarar que hubiera sido posible hacerlo así. Aunque en forma menos específica de lo que hubieran querido algunos críticos de la oposición, el programa de la Unidad Popular había definido las principales metas y políticas del nuevo gobierno. Es en función de tal programa como debe ser evaluada la idoneidad del modelo político de Allende»⁴⁹⁸.

Podría parecer repugnante categorizar las víctimas de la «caravana de la muerte» de Pinochet y en los ejemplos que expongo a continuación omito hacer cualquier clasificación. Únicamente a efectos de tener una dimensión de la iniquidad producida hacemos conocer el caso de Víctor Jara y, posteriormente, otros.

a) *Asesinato de Víctor Jara*

Apenas Augusto Pinochet tomó el mando de la junta militar que derrocó al presidente Allende (septiembre de 1973), desató una represión sin precedentes: una de sus víctimas sería Víctor Jara, hombre que cultivaba el arte popular con talento indefectible, fácilmente inteligible para su pueblo bienamado. El citado artista es llevado el miércoles 12 de septiembre al recinto del Estadio Chile, junto a muchos trabajadores y estudiantes inermes. «Allí un oficial de carabineros lo descubre: “Vos sos Víctor Jara, concha de tu madre”. Y comienza el calvario del destacado folclorista, compositor, cantante y director de teatro. Con furia se abalanza sobre él y lo golpea con la culata de su fusil en el estómago, en la cabeza, en todas partes. Víctor cae y allí se agrega un militar en el castigo. Lo patean entre ambos, en medio de insultos. Un puntapié le

497 A. Montes Larrain, «Chile: reconstruir lo político», en G. Couffignal (comp.), *Democracias posibles, el desafío latinoamericano*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1994, p. 165.

498 H. Jaguaribe, «Los acontecimientos chilenos», en *Estudios Internacionales*, n° 26, Buenos Aires (1974), p.6.

da en pleno rostro y un ojo se le llena de sangre. Vociferan y golpean salvajemente. Víctor se contrae, pero no se queja.

Llega el jefe del “campo de prisioneros” y propone: “Cortémosle las manos a este chucha de su madre”. Le da golpes con un palo. “¡Canta ahora, huevón, levántate!”, le ordena. Lo colocan inclinado con las manos en un caballete y empiezan a pegarle sobre las manos y las muñecas, hasta que estas se transforman en una masa sanguinolenta. Todo esto se lleva a cabo en un pasillo. En el Estadio hay cinco mil prisioneros y muchos alcanzan a presenciar la tortura. Lágrimas de impotencia surcan por el rostro de todos los testigos. Ellos también habían recibido o estaban recibiendo su cuota de castigo. Víctor está en el suelo. Lo dejan unos momentos y luego vuelven a él. Lo exhiben a los fascistas que llegan como un trofeo de guerra. Llegan tres oficiales de las FACH (Fuerza Aérea de Chile), y se instalan frente a él, insultándolo y pateándolo por turno. “¿Quería fumar, huevón?”, preguntan con tono burlesco. Víctor no responde. Le apagan un cigarrillo en una de las manos hechas llaga, las torturas durarán hasta muy tarde del miércoles 12. Lo dejaron botado toda la noche y parte del día 13 sin comer ni beber, desde luego»⁴⁹⁹. Estos asesinos militares, utilizando las palabras del gran vate peruano César Vallejo, eran «tal vez los potros de bárbaros atilas; o los heraldos negros que nos manda la Muerte»⁵⁰⁰.

En todo ese edificio deportivo los esbirros uniformados del pinochetismo torturaban y mataban sin ninguna piedad. De los cinco mil prisioneros allí, hubo algunos que perdían la razón y se arrojaban al vacío desde las graderías altas; también se pudo observar a otros instintivamente gritar y correr y los tenientes los golpeaban hasta matarlos con refinado sadismo. Desde su sótano se elevaban un sinnúmero de ayes desgarradores, lamentos y quejidos noche y día. Los extranjeros, «agentes del comunismo internacional», tenían su propia agonía.

El sábado 15 anunciaron el traslado del Estadio Nacional y se creyó que Víctor partiría con la masa de prisioneros; dio la impresión de que lo dejarían en paz por un tiempo: aquel día por la mañana comenzó a dictar los versos que intituló «Estadio Chile»⁵⁰¹. No los pudo concluir.

499 *Chile*, Centro de Estudios y Publicaciones, Lima, 1974, p. 3.

500 E. Dolorier A., *César Vallejo*, Dolorier editores, Lima, 1972, p. 29.

501 «Somos cinco mil,
aquí en esta pequeña parte de la ciudad
somos cinco mil.
¿Cuántos seremos en total en la ciudad y en todo el país?

«Lo sacaron de las galerías y lo llevaron junto a un grupo calificado de “los marxistas especializados en explosivos”. Lo llevaron a uno de los camarines transformados en cuartos de torturas y empezó de nuevo el festín de golpes. Tendido en el suelo, lo abrieron de piernas y le pegaban puntapiés en los testículos. Le daban con furia feroz. Lo dejaban y volvían al ataque. Un estudiante que logró salir vivo de ese infierno cuenta que al final la sangre le manaba de la boca, las narices, los oídos, los ojos. Allí murió Víctor Jara, él que había cantado al amor, a la ternura, a la esperanza en el lenguaje de los humildes. Después, a modo de “ejemplo”, lo dejaron tirado toda la tarde en el foyer del Estadio»⁵⁰².

b) Siembra de fusilados en el norte

«“Dejo en claro que un tribunal venido especialmente de la capital fue el que dictaminó en última instancia estas sentencias”. La frase del Teniente Coronel Ariosto L. Orrego, Jefe de Plaza de Coquimbo y de los departamentos de Freirina y Huasco de la provincia de Atacama,

Sólo aquí diez mil manos que siembran y hacen andar las fábricas
 ¿Cuánta humanidad
 con hambre, frío, angustia, pánico, dolor
 y presión moral, terror y locura?
 Seis de los nuestros se perdieron en el espacio de las estrellas.
 Uno muerto, uno golpeado
 como jamás creí que se podría golpear a un ser humano,
 Los otros cuatro quisieron quitarse todos los temores,
 uno saltando al vacío, otros golpeándose la cabeza contra el muro.
 Pero todos, todos con la mirada fija en la muerte.
 ¡Qué espanto causa el rostro del fascismo!
 Llevan a cabo sus planes con precisión... sin importarles nada,
 la sangre para ellos son medallas
 la matanza es carta de heroísmo.
 ¿Es éste el mundo que creaste, Dios Mío?
 ¿Para esto, tus siete días de asombro y trabajo?

En estas cuatro murallas hay un número que no progresa,
 que lentamente no quisiera más que la muerte...

Pero de pronto me golpea la conciencia y veo esta marca sin latido,
 pero con el peso de las máquinas y los rostros de los militares...
 Y México y Cuba y el mundo, ¿Qué gritan de esta matanza?
 Somos diez mil manos que no producen.
 ¿Cuántos seremos en toda mi Patria?
 La sangre del Compañero Presidente
 golpea más fuerte que bombas y metrallas
 Así golpeará nuestro puño nuevamente...
 Ay, canto, qué mal me sales, cuando tengo que cantar espanto...

.....
 Lo que veo nunca ví,
 lo que he sentido y lo que siento...»
 (Chile, op.cit., p. 4).

502 Ibíd., pp. 3-4.

dicha a un periódico regional da la clave de los principales responsables de la orgía de sangre que costó la vida de 15 chilenos en los patios del Regimiento Arica de La Serena, y a más de un centenar en todo el Norte»⁵⁰³.

El «tribunal» salido de la capital Santiago era, ni más ni menos, la Comisión Especial del Servicio de Inteligencia Militar, dirigida por el General Sergio Arellano Stark que principió en la provincia de Coquimbo una gira que dejaría una larga huella de fusilados. Personalmente, Arellano –ahora conocido en el país con el mote de general de la muerte o «el Goering Chileno»– ordenó ejecutar más de un centenar de personas, arguyendo groseras razones relacionadas con el inventado Plan Z⁵⁰⁴. Este «plan» fue pergeñado por los golpistas a fin de justificar ante la opinión pública nacional e internacional tanta barbarie. Fabricaron esta ponzoñosa mentira para hacer que los soldados matasen con la «justificación moral» de que los asesinados habrían podido actuar contra ellos.

«El General Stark y su siniestra comitiva llegó a La Serena el 16 de octubre. De inmediato se constituyó ilegalmente en tribunal, reemplazando al ya constituido de acuerdo a la propia “legalidad” de la Junta, y pasando por encima de sentencias ya dictadas y en pleno cumplimiento, las que no pueden ser ya revisadas de acuerdo al propio Código de Justicia Militar»⁵⁰⁵. El general sanguinario impide la asistencia al local al Auditor de Guerra, Florencio Bonilla; al otro componente del Consejo de Guerra de la zona, letrado Francisco Álvarez, así como a todo civil. «Arellano eligió personalmente 15 nombres entre los detenidos. Se los envió a buscar a las 13 horas. A las 4 de la tarde fueron fusilados todos. A las 5, sangrando y horriblemente acribillados, fueron enterrados en una fosa común»⁵⁰⁶.

3. La dictadura pinochetista y los estados de excepción

Resulta axiomático sostener que las dictaduras andinas donde provocan desordenamiento manifiesto es en el área de los estados de excepción: con Pinochet, la amarga regla no deja de cumplirse. El régimen militar instalado luego del cruento golpe del 11 de septiembre de 1973 se

⁵⁰³ *Ibíd.*, p. 5.

⁵⁰⁴ El juez Juan Guzmán, uno de los más valerosos de sus pares chilenos, abriría proceso contra este general Sergio Arellano Stark, siendo «uno de los seis procesados en el caso de la *Caravana de la muerte*». «El juez Guzmán dice que el estado mental de Pinochet es “perfecto”», en *El País* (20 de enero de 2000), p. 7.

⁵⁰⁵ *Chile*, op. cit., p. 5.

⁵⁰⁶ *Ídem*.

presenta al país en un primer momento como un mero restaurador de lo que llamó la «institucionalidad quebrantada» por el Gobierno del presidente Salvador Allende (Acta de Constitución de la Junta de Gobierno, Decreto Ley N° 1). Entre las primeras medidas adoptadas estuvo la declaración del estado de sitio (D.L. N° 3), la declaración del estado de emergencia (D.L. N° 4), la declaración de que el estado de sitio debe entenderse como estado o tiempo de guerra (D.L. N° 5).

Todas estas declaraciones de regímenes de excepción se hicieron empleando la legislación que estaba vigente para el día del pronunciamiento, la que «sería respetada en la medida en que la actual situación del país lo permita para el mejor cumplimiento de los propósitos que ella (la Junta de Gobierno) se propone» (Decreto Ley N°1). Los hechos iban demostrando que no le importaba a Pinochet alterar la *ratio essendi* de los estados de excepción, haciéndoles perder sus cualidades esenciales desolladamente.

Empero, sintiéndose seguras en la usurpación perpetrada, las autoridades se desnudan para reconocer que en verdad abrigaban propósitos que iban más allá de los de simples restauradores de la «institucionalidad quebrantada» y que entrañaban, en el fondo, un nuevo proyecto político, esencialmente diferente al de Allende. Así, empezaron por aseverar que el régimen de las Fuerzas Armadas no puede ser catalogado como un puro paréntesis entre dos regímenes políticos, para posteriormente acabar afirmando el carácter fundacional del nuevo régimen. «Se trata, pues, de un “régimen de excepción” en el sentido lato del término, por cuanto rompe con el sistema democrático que ha sido el natural de la nación chilena»⁵⁰⁷.

Los bienes jurídicos protegidos han dejado de ser el Estado de Derecho y el sistema democrático para pasar a ser «la seguridad nacional». El concepto de «seguridad nacional» es fundamentalmente distinto al de «seguridad interior y exterior del estado», si bien los vocablos son prácticamente sinónimos, derivando la diferencia de la asimilación del primero a la doctrina del mismo nombre.

La visión de una guerra total y permanente derivada de la agresión –intrínsecamente perversa– del marxismo al mundo occidental y cristiano, justifica, piensa el dictador, una

507 R. Garretón Merino, op. cit., p. 137.

«organización política, económica y social que debe además constituirse en garantía eficaz contra otro peligro, que es el intento del comunismo internacional convertido en instrumento del imperialismo soviético, por apoderarse de los Estados»⁵⁰⁸.

Se comprende así que lo que en un régimen democrático es excepcional (ataque exterior, calamidad pública, conmoción interior), pasa a ser de carácter permanente y lo sería en la dictadura mientras el marxismo y el imperialismo soviético coexistiesen. Por ello, los estados de excepción pasan también a ser permanentes, y ello no se escondía, como lo reveló el siguiente pasaje de un discurso de Pinochet: «La comprobación de que nuestros pueblos son víctimas de una agresión permanente nos impone el deber de contar con regímenes de emergencia vigorosos y eficaces para derrotar la subversión comunista, y neutralizar a quienes les facilitan el camino».

La última frase es también significativa, pues ya antes había sostenido, en 1976, que «para apoderarse de los estados desde adentro», el comunismo internacional «cuenta con sucursales en cada país, que son los partidos comunistas, siempre ayudados por otros grupos favorables o condescendientes al marxismo, que les allanan el terreno o les aseguran impunidad», agregando que «hasta los sectores eclesiásticos, que por definición debieran ser uno de los más sólidos diques de contención contra esta avalancha, han sufrido la penetración marxista dentro de sus propias filas».

También el Mensaje del 11 de septiembre de 1977 agregó que la suspensión temporal de ciertos derechos «resulta necesaria para neutralizar y derrotar la acción ideológica o terrorista del marxismo-leninismo, o para levantar el país de la postración moral o material en que lo sumió la demagogia».

Y el 20 de agosto de 1981, el mismo General Pinochet sostuvo que la Patria está amenazada por «la acción permanente del marxismo cuyo brazo armado es el terrorismo», que cuenta con la colaboración de «todos aquellos que buscan la acción opositora común, aun a costa de renunciaciones a sus propias ideologías», todos los cuales, «serán sancionados con la mayor dureza», incluso en los casos en que «tal colaboración se disfrace con la piel de cordero de los derechos humanos o busque el alero de instituciones respetables, pero engañadas»⁵⁰⁹.

508 *Ibíd.*, p. 138.

509 *Ibíd.*, p. 139.

La obsesión por incrementar su poder hizo desorbitar los estados de excepción, abultando la normativa que confería mayores atribuciones al Ejecutivo, relativizó las emergencias y «sistematizó» sus contenidos. Respecto a estas últimas, el Decreto Ley N° 640 de 1974 regula los siguientes regímenes: I. Estado de Guerra Externa o Interna; II. Estado de Asamblea; III. Estado de Sitio, que a su vez puede ser: a) por situación de guerra interna o externa; b) en grado de Defensa Interna; c) en grado de seguridad interior; d) en grado de simple conmoción interior; IV. Facultades Extraordinarias; V. Zonas y Estados de Emergencia; VI. Jefaturas de Plaza.

Más tarde, se dictó el Acta Constitucional N° 4 de 1976 (que en realidad nunca rigió), estableciéndose allí los estados de asamblea, de sitio, de defensa contra la subversión y de catástrofe.

En última instancia, en «el Mensaje en que propone la Constitución de 1980, el General Pinochet sostiene que ésta “asume una postura de vanguardia en el combate jurídico frontal contra el terrorismo, y además, refuerza la seguridad de las personas y de la Patria, por medio de eficaces regímenes de excepción...”, eficacia que responde a la aspiración de Pinochet manifestada en 1977 para “derrotar la subversión comunista y neutralizar a quienes les facilitan el camino”»⁵¹⁰.

3.1 Régimen constitucional falaz

El presente ordenamiento constitucional chileno es la hechura de un proceso que empezara a caminar desde el mismo 11 de septiembre de 1973. Pese a que formalmente la Junta Militar aseguró de manera solemne «“respetar la Constitución Política (de 1925) y las leyes de la República”, ello sólo sería “en la medida que la actual situación lo permita” (D.L. N° 1). La Junta sostuvo haber asumido el Poder Constituyente (D.L. N° 1 y 128), y finalmente vino a declarar que si entre los textos legales por ella dictados y la Constitución hubiese oposición, prevalecerían los primeros (D.L. N° 788 de 1974)»⁵¹¹.

Se colige sin vacilación alguna de lo hasta aquí expuesto que el Estado pinochetista tiene una misma caracterización para el período 1973-1981 (en que regían parcialmente la

⁵¹⁰ Ibid., p. 140.

⁵¹¹ Ídem.

Constitución de 1925, las Actas Constitucionales aprobadas por la Junta Militar para ciertas materias y los Decretos Leyes que se oponían al texto de la primera –hasta 1974– y aquéllos en que se invocaba formalmente la potestad constituyente), que para el período en que ha regido la Constitución de 1980 (desde el 11 de marzo de 1981). Y esa misma descripción es aplicable en lo esencial al régimen que con carácter permanente pretendió regir la Carta reformada de 1989.

«Así, puede sostenerse que son características distintas del régimen en primer lugar su carácter militarista: “ante el marxismo convertido en agresión permanente resulta imperioso radicar el poder de las Fuerzas Armadas y de orden, ya que solo ellas cuentan con los medios y la organización para hacerle frente”, las Fuerzas Armadas no van a desentenderse de su sucesión gubernativa, observando su desenlace como simples espectadores».

«La Junta de Gobierno ha estimado necesario reservarse la atribución de proponer al país el nombre del Presidente de la República para el nuevo período que comenzará a regir en 1989» (mensaje al proponer la actual Constitución, «derecho» concretado en la disposición vigésimo séptima transitoria); «las notables atribuciones que los artículos 95 y 96 de la Constitución entregan al Consejo de Seguridad Nacional, integrado mayoritariamente por militares; la declaración del art. 90 de que las Fuerzas Armadas existen para la defensa de la Patria, son esenciales para la seguridad nacional y garantizan el orden institucional de la República»⁵¹².

En la Constitución chilena de 1980, la impronta del pensamiento y las ambiciones de Pinochet resultan patentes en su redacción: instruyó a los constituyentes para la creación de un Poder de Seguridad que contemplase el papel de las Fuerzas Armadas en su deber de contribuir a garantizar la supervivencia del Estado, los principios básicos de la institucionalidad y los grandes y permanentes objetivos de la nación⁵¹³.

Asimismo, hay una excesiva acumulación de poder en el Ejecutivo (se reemplaza la reserva de la Constitución de 1925 de que «sólo en virtud de una ley se puede...», por la de «sólo son materias de ley...» y continúa la enumeración); se le confieren inmensas prerrogativas en los

⁵¹² *Ibíd.*, p. 141.

⁵¹³ Para el constitucionalista peruano Raúl Chanamé: «En 1980 surgirá una nueva Constitución, previamente sometida a plebiscito (11.09.80), siendo aprobada por mayoría. La Constitución no guardaba relación con sus precedentes, pues establecía un régimen limitado de libertades y se daba un status especial a las Fuerzas Armadas» (R. Chanamé Orbe, *op. cit.*, p. 154).

estados excepcionales, tanto para declararlos como para suspender los derechos fundamentales: lo que es aún más pernicioso en el período denominado transitorio; se acrecienta la ausencia de todo control político vigente desde 1973, al no determinarse forma alguna para la etapa transitoria, restringiendo de una manera grave los poderes del Congreso en el período permanente; las «orientaciones fundamentales» de Pinochet eran de afianzamiento del sistema presidencial a través de una autoridad fuerte, impidiendo las indebidas interferencias parlamentarias, las cuales representan una peligrosa amenaza para la seriedad y coherencia que «su política económica y social» requiere⁵¹⁴.

3.2 Proscripción de la actividad política y tres crímenes horrendos

El quehacer político les resulta despreciable y destructible a los pinochetistas. «Por Decretos Leyes Nos. 25, 27, 77, 78, todos de Septiembre y Octubre de 1973, se disolvió el Congreso Nacional, se suprimieron las elecciones populares municipales, se disolvieron y declararon asociación ilícita todos los partidos que formaron parte del Gobierno dispuesto»⁵¹⁵. Se acabó con las agrupaciones políticas, proscribiendo con *manu militari* toda actividad de esta índole, pasando a ser constitutiva de delito: el nuevo usurpador del poder democrático recela de ella, rayando su conducta en la paranoia. Su personalidad, desde un primer momento, se caracteriza por sobrestimar el yo; la desconfianza, el orgullo, la ausencia de autocrítica y la rigidez exagerada en las ideas son igualmente parte de su inconfundible identidad.

a) *Carlos Pratts*

Remontándonos a la época del asesinato y del golpe militar, a Carlos Pratts se le definió como enemigo para la Junta Militar. Se llegó a suponer que podía encabezar algún gobierno de exilio en plazo mediano. Tal como ocurrió con Orlando Letelier y el fracasado atentado contra Bernardo Leighton, se tomó la fría decisión de eliminarlo para evitar que la Junta Militar pudiera tener personalidades de esa estatura política y moral en su contra.

El lunes treinta de septiembre de 1974, aproximadamente a las 0:50 horas en la ciudad de Buenos Aires, el ex comandante en Jefe del ejército de Chile, ex Ministro de Estado y ex vicepresidente de la República, General Carlos Pratts González y su cónyuge Sofía Couthbert

514 R. Garretón Merino, op. cit., pp. 141-142.

515 Ibíd., p. 142.

murieron a raíz de la explosión de una bomba colocada debajo de su coche, en los momentos en que llegaban a su domicilio. Alrededor del lugar del hecho en un diámetro de 50 metros quedaron esparcidos los restos calcinados del vehículo y los cadáveres destrozados de las víctimas. El General Carlos Pratts había salido de Chile el 15 de septiembre de 1973, pocos días después del sangriento golpe de Estado ocurrido en ese país, con el propósito de salvaguardar su vida y seguridad personal amenazadas por las autoridades militares que habían asumido de facto el poder.

«La Comisión ha llegado a la convicción en conciencia, de que el General Carlos Pratts y su cónyuge Sofía Couthbert fueron muertos, en violación de sus derechos humanos, por un acto terrorista de responsabilidad de agentes del Estado de Chile, que se presume fundadamente pertenecían a la DINA»⁵¹⁶. El informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación dejó establecido que, no obstante la fecha oficial de creación de la DINA, sus comienzos se remontan a noviembre de 1973 o incluso a una fecha anterior.

El caso fue de conocimiento de la jueza argentina María Servini de Cubría, siendo el principal acusado Enrique Arancibia Clavel, ex agente de la DINA que fuera detenido en Buenos Aires en enero de 1996.

«La jueza dirigió varios exhortos a Chile con la finalidad de que diversos oficiales de este país presten su declaración, entre ellos el mayor general José Sara Holger y el coronel Víctor Hugo Barría, ex jefe de operaciones exteriores de la DINA, general Eduardo Iturriaga Neumann, entre otros. También fue exhortado a declarar el ex agente estadounidense de la DINA, Michael Townley, comprometido en el crimen del ex canciller Orlando Letelier y de quien se dice habría preparado la bomba que fue colocada en el auto del matrimonio Pratts- Couthbert»⁵¹⁷.

b) *Carmelo Soria*.

«El ciudadano español Carmelo Soria era funcionario de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe de las Naciones Unidas (CEPAL), cuando fue secuestrado y

516 La Dirección de Inteligencia Nacional (DINA) fue creada por D.L. N° 21 de la Junta Militar de Chile, de fecha 14 de junio de 1974. Por Decreto del Ministerio de Defensa, de 6 de agosto de ese mismo año, es designado como Director Ejecutivo Nacional de ese organismo el entonces Coronel del Ejército Manuel Contreras Sepúlveda.

517 *Los Andes: ¿emergentes o en emergencia ?*, op. cit., p. 98.

posteriormente asesinado por agentes de la policía secreta del régimen militar»⁵¹⁸. Después del golpe de Estado de Pinochet y tras el fin de la Unidad Popular y el inicio de la dictadura aprovechó su inmunidad diplomática para ayudar a varias personas a asilarse en embajadas. El 14 de julio de 1976, cuando regresaba a su domicilio desde su oficina en la CEPAL, es secuestrado por varios agentes de la Brigada Mulchén de la Dirección de Inteligencia Nacional y sometido a padecimientos psíquicos y somáticos muy dolorosos y duraderos como castigo en el centro de torturas de Villa Grimaldi.

El 16 de julio de 1976 fue muerto por agentes de la DINA, arrojándose luego el automóvil del afectado por algunos agentes dentro del canal El Carmen, en el sector de La Pirámide, con las llaves en el contacto, sus puertas cerradas, algunas lunas quebradas, sin la radio ni los asientos del mismo, salvo el del conductor, y una botella de pisco para simular un accidente. En el mismo canal fue lanzado el cadáver del afectado, el cual fue hallado el día 17 a un kilómetro del lugar en que se encontró el coche.

El 5 de junio de 1996, Eleodoro Ortiz, Ministro de la Corte Suprema, encargado de la conducción del proceso del caso Soria, lo sobreseyó en forma definitiva en aplicación de la Ley de Amnistía, pese al dictamen del Fiscal de la Corte Suprema, Enrique Paillás, quien sostuvo que «no corresponde sobreseer este proceso por amnistía, porque los tratados suscritos por Chile en materia internacional, uno de febrero de 1967 y la Convención de Ginebra de 1949, son anteriores al dictado de la Ley de Amnistía en Chile». Pese a la opinión del Ministerio Público, el magistrado fundamentó su fallo sosteniendo que no se vulneraron tratados internacionales sobre derechos humanos, puesto que ellos serían de vigencia posterior a la Ley de Amnistía.

La decisión judicial liberó de pena a los únicos implicados en el proceso: coronel del ejército en retiro Guillermo Salinas y suboficial de Carabineros José Ríos San Martín. La sentencia fue pronunciada luego de un dilatado proceso iniciado en 1976 y sujeto a una serie de marchas y contramarchas. Archivado en 1979, el caso Soria fue reabierto en junio de 1991 por la justicia militar. Sobreseída y amnistiada por la Corte Marcial el 6 de diciembre de 1993 y ratificada posteriormente por el juez Marcos Libedinsky el 31 de diciembre, la causa volvió a ser abierta por petición expresa del gobierno español en abril de 1994, fecha en que la Corte

⁵¹⁸ *Ibíd.*, p. 97.

Suprema designó a Eleodoro Ortiz como juez especial.

«El caso Soria no sólo ha tenido consecuencias sobre la política interna de Chile, sino que trascendió las fronteras de ese país y provocó malestar e indignación tanto en España, en la Unión Europea, como en las Naciones Unidas»⁵¹⁹.

c) Orlando Letelier

Letelier ocupaba el cargo de ministro de Defensa al ocurrir el golpe militar, siendo detenido en las puertas del ministerio. Como otros funcionarios del gobierno de la Unidad Popular, Letelier es aprehendido y torturado, primero en el Regimiento Tacna y en la Escuela Militar, y posteriormente es enviado por ocho meses a una prisión política de la Isla Dawsom, en el Estrecho de Magallanes. Después estuvo preso en el subterráneo de la Academia de Guerra de la Fuerza Aérea y en el Campamento de Ritoque, en Valparaíso, lugar donde fue liberado por la presión de destacadas personalidades y comités de apoyo internacional que abogaron a su favor.

El 21 de septiembre de 1976, alrededor de las 9 de la mañana, Orlando Letelier es asesinado mediante una bomba activada por control remoto, que se encontraba colocada esta vez también debajo del coche en el que se desplazaba. El coche bomba asimismo mató a la ayudante estadounidense de Letelier, Ronni Moffit, y dejó herido al marido de ésta, Michael Moffit. En la autopsia se consigna como la causa de muerte de Orlando Letelier: desangramiento, amputación traumática de las extremidades inferiores y lesiones sufridas en explosión. El cuerpo de Orlando Letelier fue sepultado en Venezuela, pues Pinochet no permitió enterrarlo en Chile. Sus restos fueron repatriados en 1994.

El asesinato de Letelier era parte de un «esfuerzo» coordinado por varias dictaduras de los Ejércitos en América Latina para intimidar y asesinar a sus opositores políticos. Esta campaña homicida, conocida como Operación Cóndor, incluyó naciones como Brasil, Argentina, Chile, Paraguay, Uruguay y Bolivia. Tres de aquellas naciones –Uruguay, Argentina y Chile– comenzaron a asesinar a figuras de la oposición en países extranjeros durante la primavera de 1976. Hubo personas procesadas y condenadas por el asesinato; entre ellas estaban Michael Townley, un expatriado estadounidense colaborador muy cercano a la DINA, los generales

519 *Ibíd.*, pp. 97-98.

Manuel Contreras y Pedro Espinoza⁵²⁰.

3.3 Utilización perversa del derecho de excepción

«El dilema entre libertad y dictadura es mucho más amplio que una simple competición en acrobacias tecnológicas. La verdadera confrontación se plantea entre dos conceptos antagónicos del hombre y de su vida en una sociedad organizada»⁵²¹, señalaba William Fulbright, presidente de la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado estadounidense en 1959; y lo hacía comparando su sociedad con la de la Unión Soviética comunista. Y situándonos en el Chile de Pinochet, él concibió que su dictadura no saldría adelante sin conculcar, constreñir la libertad, y para ello instrumentalizó el derecho de excepción, haciendo que perdiera su razón de ser, la naturaleza que lo caracteriza, deformándolo. No tuvo que pasar mucho tiempo de instalado en el poder para que empezara a sobresaltar a los juristas el volumen y el desorden del «derecho positivo» que iba creándose: sobraban «leyes» y, dentro del derecho de excepción, la cosa era más acusada, gravemente dañosa y perjudicial; la fugacidad de las distintas disposiciones fue uno de los más claros síntomas de dicha perversión del derecho de excepción a la que el déspota había decidido recurrir.

Tenemos pues que los estados de excepción contemplados en la legislación de la dictadura han sido los siguientes:

- a) Del 11 de septiembre de 1973 al 10 del noveno mes de 1974, el estado de excepción contemplado por la legislación de la democracia derribada sufrirá variación: el estado de sitio por conmoción interior es asimilado por el D.L. N° 5 a estado o tiempo de guerra, el estado de emergencia por el de calamidad pública, el estado de asamblea (nunca declarado) se conserva intacto. En este momento empieza el proceso de visible desnaturalización de la

⁵²⁰ Transcurridos muchos años de tan horrendo crimen, ya nadie duda de la autoría, al igual que hoy se sabe con plena certeza de los cientos de desaparecidos bajo la última dictadura militar chilena. En el 2000, cuando dentro de sus primeros meses se estaba viendo la posibilidad de que el Tribunal Supremo recibiera la causa de la «caravana de la muerte», el cerco judicial provocó nerviosismo en el entorno de Pinochet; esto se expresó en las «declaraciones de Marco Antonio Pinochet, quien consideró “un error del régimen de mi padre no haber entregado los cuerpos cuando hubo ejecuciones”. “Es indudable que esas personas fallecieron. No entiendo; no veo cuál fue el propósito de esconder un cadáver. Para mí hubo un error garrafal”», añadió (J. Ibarz, «El Presidente del TS admite que Pinochet podría ser desaforado», en *La Vanguardia* (10 de marzo de 2000), p. 6).

⁵²¹ W. Fulbright, *Los mitos de la política americana*, trad. de L. C. Benito Cardenal, Random House, Nueva York, 1966, p. 140.

institución en lo concerniente a la relativización de las causales y el incremento de prerrogativas a favor del Ejecutivo, libre *ad infinitum* de cualquier fiscalización⁵²². Paralelamente, el D.L. N° 527 modifica la Constitución de 1925, reemplazando como causales del estado de sitio en caso de ataque exterior o conmoción interior, por las de «peligro de ataque exterior o invasión», y la conmoción interior.

- b) A partir del 11 de Septiembre de 1974 al 10 del tercer mes de 1981, en que rige el Decreto Ley N° 640, que contempla los estados de excepción citados en el apartado 15.

En dicho período, además de aumentarse las atribuciones de la autoridad⁵²³, se hacen imprecisos en mayor medida los hechos que justifican la declaración, se rebaja el nivel de las autoridades facultadas para adoptar las acciones y se menoscaban los escasos espacios de libertad que quedan a los afectados (ya los traslados de los detenidos no serían a un «departamento», sino a una «localidad», concepto vaguísimo y que posibilita el mayor aislamiento).

En esta etapa se dicta el Acta Constitucional Número 4, que representa una segunda oportunidad de regular las normas sobre la materia que estamos tratando, «que contempla los estados de asamblea para la situación de guerra externa; el estado de sitio para el caso de guerra interna o conmoción interior; el estado de defensa contra la subversión para el evento de subversión latente, y el estado de catástrofe, para enfrentar las calamidades públicas»⁵²⁴.

En realidad, el Acta precitada no regiría nunca, pues se aguardó para su entrada en vigencia que se dictara la ley complementaria. Según se desprende de la exposición de motivos del decreto ley que determinó la postergación de su vigencia, todavía no se había acabado de preparar el «Código de Seguridad Nacional», lo que hace suponer que la ley complementaria sería este Código que jamás vio la luz.

522 Decreto Ley N° 81 que faculta para expulsar del país a chilenos y extranjeros; D.L. N° 175 que autoriza cancelación de nacionalidad chilena; D. L. N° 198 que prohíbe en estado de sitio las elecciones sindicales y restringe las materias que se pueden tratar en las asambleas y otros.

523 Decreto Ley 1.281 que faculta al Jefe de Zona en estado de emergencia para clausurar diarios y revistas hasta por seis ediciones y radios hasta por seis días; D.L. N° 1.877 y 3.480 que autorizan las detenciones y expulsiones en estado de emergencia; D.L. N° 3.168 que faculta para relegar administrativamente en el mismo estado.

524 R. Garretón, op. cit., p.145.

«Durante este período rigió ininterrumpidamente el estado de emergencia por calamidad pública; el estado de sitio en grado de defensa interna entre el 11 de septiembre de 1974 y el 10 de septiembre de 1975; desde el 11 de septiembre de 1975 al 10 de septiembre de 1977, el estado de sitio en grado de seguridad interior; y, desde el día siguiente y hasta el 10 de marzo de 1978, el estado de sitio en grado de simple conmoción interior»⁵²⁵.

- c) A partir del 11 de marzo de 1981 comienza a regir la Carta Magna de 1980: contemplará el estado de asamblea en caso de guerra externa, el estado de sitio en el supuesto de guerra interna o conmoción interior, el estado de emergencia frente a los «casos graves de alteración del orden público, daño o peligro para la seguridad nacional» (sea por causa de origen interno o externo), el estado de catástrofe en situaciones de calamidad pública, y la disposición vigésimo cuarta transitoria autoriza la declaración de un estado innominado en casos de que «se produjeran actos de violencia destinados a alterar el orden público o hubiere peligro de perturbación de la paz interior».

Con una breve suspensión (30 de agosto de 1983 al 24 de marzo de 1984), estuvo en vigencia permanentemente el estado de emergencia; entre el 7 de noviembre de 1984 y el 16 de junio de 1985 se decretó el estado de sitio, y conjuntamente con la entrada en vigor de la Constitución comenzó a regir ininterrumpidamente este estado, que pasaría a ser conocido como el «estado de peligro de perturbación de la paz interior», o más sencillamente, el «24 transitorio».

Las circunstancias que dan paso a la declaración de las emergencias pierden su carácter de hechos excepcionales, extraordinarios, temporales y adquieren la índole de normales y permanentes, tan normal y permanente como es la «agresión permanente del imperialismo soviético» y la acción de quienes «les facilitan el camino».

Dentro de la «sistematización» de los regímenes de excepción tratados en el D.L. N° 640 empieza ya a notarse que no se pretende precaver situaciones diversas, sino de una misma contingencia.

⁵²⁵ Ibid., p.146.

El estado de sitio procede en caso de conmoción, «cualquiera sea su naturaleza», con lo cual las definiciones doctrinarias y semánticas experimentan un preocupante golpe, pues es patente el intento de disimular la gravedad de la situación. El estado de sitio en grado de defensa interna procede cuando la conmoción es provocada por fuerzas rebeldes organizadas «o por organizarse, ya sea en forma abierta o en la clandestinidad», mientras que en grado de seguridad interior, las fuerzas causantes de la conmoción «no se encuentran organizadas». Finalmente, en el menor de los grados, su sola denominación es sugerente: «simple conmoción interior», lo que indica por descarte, que ya no se está ni de cerca pensando en «tumultos» o levantamientos, sino en alteraciones «simples», «cualquiera sea su naturaleza», provocadas por algo que no alcanza a ser fuerzas no organizadas.

«Esta degradación del concepto aparece muy clara en las actas de la Comisión Redactora del nunca dictado Código de Seguridad Nacional, y que funcionaba paralelamente con la Comisión Redactora de la que sería la Constitución de 1980.

En ellas aparece que se estimó conveniente entregar la definición de conmoción interior a una ley complementaria –de modo que el concepto doctrinario y del léxico debe quedar superado– estimándose en principio que ella existe no sólo al enfrentarse fuerzas rebeldes o sediciosas con la fuerza pública, sino también al ocurrir acciones, amenazas o presiones de tal naturaleza que puedan trastornar el orden institucional o económico»⁵²⁶.

El malogrado intento del Acta Constitucional N° 4 va todavía más allá, al querer abordar «la subversión latente», que como sostiene el Relator Especial designado por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas a solicitud de la Asamblea General, «el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no autoriza para suspender las obligaciones (en materia de derechos humanos) en virtud de “subversión latente...”»⁵²⁷. Añade que algunos miembros del Comité preguntan «de qué manera podría definirse al concepto de “subversión latente” según el Gobierno de Chile, ya que en aquellos países latinoamericanos donde el analfabetismo, la pobreza y la enfermedad son males endémicos, se podría decir que existe un estado de subversión latente que durará hasta que no se hicieran en gran medida efectivos los derechos sociales y políticos».

⁵²⁶ Ibid., p.147.

⁵²⁷ Informe de 1980.

Sin embargo la sorpresa no termina allí: la Comisión Redactora de la Carta en vigor llegó a estudiar un especial estado de excepción para el «caso de agresión económica o psicológica interna» que tenga por finalidad atentarse contra la integridad territorial, la soberanía o la independencia del Estado, o alterar el orden institucional y que pueda producir graves trastornos económicos o socavar la unidad o cohesión nacional. A la postre este atípico estado quedó frustrado; no fue por su configuración anómala, aberrante sino por entenderse que la agresión económica o psicológica externa está comprendida dentro de los supuestos que permiten la declaración del estado de emergencia.

Y así parece ser, habida cuenta que el estado de este nombre contemplado en el texto definitivo, se declara en «casos graves de alteración del orden público, daño o peligro para la seguridad nacional, ya sea por causa de origen interno o externo».

Consideramos que la indeterminación era aún más grave en el estado contemplado en la Vigésima Cuarta Disposición Transitoria de la Carta vigente en 1980, pues en el mismo se hablaba de «peligro de perturbación de la paz interior». Incluso en el más perfecto y paradisíaco de los estados (con la mayor seguridad), nunca se podrá excluir la existencia de una subversión en estado latente, o de que el país esté exento de riesgos en su paz interna.

«En definitiva, lo único que interesa es que la autoridad esté dotada de todo el poder para restringir los derechos ciudadanos. La auténtica emergencia vista como peligrosa es la demanda de democracia»⁵²⁸.

3.4 Atribuciones del dictador en los estados excepcionales

Al reglar los estados excepcionales, Pinochet reclama y consigue el otorgamiento de las siguientes atribuciones:

1º Por la declaración del estado de asamblea el presidente de la República queda facultado para suspender o restringir la libertad personal, el derecho de reunión, la libertad de información y de opinión y la libertad de trabajo. Podrá también, restringir el ejercicio del derecho de asociación y

⁵²⁸ Ibid., p. 148.

de sindicación, imponer censura a la correspondencia y a las comunicaciones, disponer requisiciones de bienes y restablecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad.

2º Por la declaración del estado de sitio, el presidente de la República podrá trasladar a las personas de un punto a otro del territorio nacional, arrestarlas en sus propias casas o en lugares que no sean cárceles ni otros que estén destinados a la detención o prisión de reos comunes y expulsarlas del territorio nacional. Podrá además, restringir la libertad de locomoción y prohibir a determinadas personas la entrada y salida del territorio. Asimismo, podrá suspender o restringir el ejercicio del derecho de reunión y la libertad de información y de opinión, restringir el ejercicio de los derechos de asociación y de sindicación e imponer censura a la correspondencia y a las comunicaciones. La medida de traslado deberá cumplirse en localidades urbanas que reúnan las condiciones que la ley determine.

3º Por la declaración del estado de emergencia se podrán adoptar todas las medidas propias del estado de sitio, con excepción del arresto de las personas, de su traslado de un punto a otro del territorio, de la expulsión del país y de la restricción del ejercicio de los derechos de asociación y sindicación. En cuanto a la libertad de información y de opinión, sólo podrán restringirse.

4º Por la declaración del estado de catástrofe el presidente de la República podrá restringir la circulación de las personas y el transporte de mercaderías, y las libertades de trabajo, de información y de opinión, y de reunión. Podrá, asimismo, disponer requisiciones de bienes y establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad, y adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que estime necesarias.⁵²⁹.

La aplicabilidad práctica de las atribuciones recién enumeradas –como es lógico deducir el porqué– no señala nada en relación con los hechos que constituyen las causales de la declaración ni tampoco del pretexto, que sería la represión y el control del terrorismo. Sólo está en función de la finalidad perseguida, que es la «domesticación» de la disidencia.

Viendo el lustro 1 de enero de 1981 a 31 de diciembre de 1985, las cifras demuestran que de un total de 17.264 personas detenidas por motivos políticos, sólo 143 –el 0,82%– fueron

529 *Ibíd.*, p. 151.

denunciadas a un Tribunal por un delito de carácter terrorista, y la cifra que se tradujo en procesamiento –luego en condena– es aún menor. Resulta notable cómo una atribución específica del estado de peligro de perturbación de la paz interior, que es la de prorrogar el plazo del arresto, ordinariamente de cinco días, a veinte días, lo que sólo se autoriza si se produjeren actos terroristas de graves consecuencias, haya sido ejercida en 623 casos, de los cuales sólo 96 fueron denunciados por un delito de esa naturaleza. De las 443 personas detenidas durante el estado de sitio que rigió entre noviembre de 1984 y junio de 1985, ninguna tuvo jamás relación con delitos terroristas. Los 1.148 relegados –exilio interno– en esos cinco años, todos por motivos políticos, tampoco tienen relación alguna con el terrorismo, pero las autoridades que adoptan estas resoluciones siempre justificaban la arbitrariedad con el mismo pretexto.

El régimen de Pinochet agudiza aún más el recorte de libertades con prerrogativas extraordinarias que van bastante más lejos a las que podía ejercer cualquier presidente de la República anterior: el criterio de la Constitución de 1925 de que las leyes extraordinarias «no podrán exceder de seis meses» y de la seguridad del Estado en orden a que el estado de emergencia por calamidad pública sólo podía declararse por una sola vez y hasta por un plazo de seis meses, fue sustituido por el de la permanencia o prórroga. Afirma Roberto Garretón, comentando respecto a esa Constitución: «El nuevo texto constitucional es reiterativo al respecto: vencido el plazo de tres meses del estado de sitio, “el Presidente de la República podrá pedir su prórroga”, el estado de emergencia “no podrá exceder de noventa días, pudiendo declararse nuevamente si se mantienen las circunstancias”, y el estado de peligro de perturbación de la paz interior se decreta por “seis meses renovables”»⁵³⁰.

Y desfigura definitivamente la institución, retratando su carácter independiente de toda conmoción, la norma que establece que «las medidas de expulsión del territorio de la República y de prohibición de ingreso al país que se autorizan en los números precedentes (estados de asamblea, sitio y emergencia) mantendrán su vigencia pese a la cesación del estado de excepción que les dio origen, en tanto la autoridad que las decretó no las deje expresamente sin efecto (artículo 41.7 de la Constitución). El exilio forzoso, que pudo haberse justificado durante la emergencia, pasaba a ser perpetuo, aun cuando la pacificación haya sido completa»⁵³¹.

⁵³⁰ *Ibíd.*, p. 153.

⁵³¹ La facultad de privar de la nacionalidad a chilenos, establecida por el D.L. 175 de 1973 durante la vigencia del estado de sitio, tenía ya efectos que excedían la vigencia de éste. El Acta Constitucional N° 4 fue aún más explícito a este respecto.

La finalidad última de los regímenes de excepción en los sistemas democráticos es la continuidad del estado de derecho y la vigencia de la libertad pública, en cambio en la dictadura, los estados de excepción son el instrumento idóneo para la imposición de un determinado modelo de dominación, (...).

La realidad ha demostrado la absoluta imposibilidad del proyecto de la dictadura de imponer ese modelo.

En lo social, en lo económico y en lo cultural, el proyecto responde a la lógica de la exclusión, impidiendo que los sectores populares puedan tener algún grado de acceso informado a la conducción de la cosa pública. El país deja de ser la obra de todos, para pasar a serlo sólo de grupos privilegiados, ligados a los sectores financieros y éstos a los militares. La concepción militarista de la sociedad mira a las Fuerzas Armadas como «la reserva moral de la Patria». No se trata ya sólo de la proscripción política en la generación de las autoridades, sino también de la desarticulación de toda forma de organización legal; de hecho: los dirigentes de las Juntas de Vecinos, centros de madres y demás organizaciones comunitarias son colocados por la autoridad política, los colegios profesionales con afiliación obligatoria y control ético sobre los asociados eran sustituidos por «asociaciones gremiales», se obstaculiza la formación de Federaciones y Confederaciones de Sindicatos, etc., todo por una absoluta aversión a lo político, bajo la lógica de que cada miembro del cuerpo social tiene una función propia: «el trabajador, trabaja; el estudiante, estudia; la dueña de casa, en lo doméstico; los gobernantes, gobiernan»⁵³².

3.5 ¿Por qué cae Pinochet?

La causa que produjo su derrota no es racional sino un sentimiento de hartazgo, que tuvo por supuesto causas económicas y políticas, pero también y, curiosamente, ¡estéticas! Por ejemplo, Pinochet (encerrado en su torre de marfil y desconectado de la sociedad), en lugar de hablar daba la impresión de estar ladrando y esto hería la dignidad de los chilenos. Su inocultable narcisismo le conducía a hablar con excesiva complacencia en la consideración de las propias facultades u obras que, engañado, creía haber realizado. La ciudadanía sentía como primera e

532 R. Baño, «Entre el Modelo Económico y el proyecto político» en dossier *Las Modernizaciones*, Ediciones Chile América, Santiago, s/f, p. 16.

imperiosa necesidad de Chile el urgente retorno al constitucionalismo de verdad⁵³³ y terminar con un estado de excepción usado desafortunadamente por el dictador; decía preocupada: «no podemos tener un estado de hecho montado sobre un Estado de Derecho, ni un rebasamiento de la potestad legislativa como de la misión de las Fuerzas Armadas». Sentían sus componentes como una alevosa bofetada del pinochetismo ser siempre sospechosos frente a las fuerzas de seguridad: la presunción de inocencia había sido pulverizada⁵³⁴. El hastío y el fracaso plebiscitario de Pinochet no se hubieran producido quizá sin un factor propiamente político. Fue el cambio realizado por la izquierda (sobre todo no comunista) de la lógica del enfrentamiento, dominante hasta 1984-1985, a la lógica de la reconciliación nacional: la dictadura torpedeaba la proposición de un pacto de Estado entre ella y los diferentes partidos políticos y agentes sociales, económicos y universitarios para que una nueva política nacional no llevara un rumbo común de armonización.

El cambio fue lento, difícil. Su cristalización política, años antes del plebiscito de 1988, podría estar representada por diversos ejemplos como la Alianza Democrática, promovida por Gabriel Valdés Subercaseaux, o el Grupo de los 11 partidos democráticos, iniciado por Edgardo Boeninger, etc. Sin embargo, el ejemplo más importante es la firma del «Acuerdo Nacional para la transición a la democracia plena» (AN) del 24 de agosto de 1985, por iniciativa del cardenal de Santiago, monseñor Francisco Fresno Larrain. Es el más significativo y mayor en amplitud (sólo excluye a la extrema derecha e izquierda); además es el único que suscitó una reacción en los militares y representaría un extraordinario factor coadyuvante en conseguir infligir la posterior sonora derrota en las urnas a los golpistas.

533 «El Constitucionalismo no es otra cosa que el ordenamiento jurídico de una sociedad política mediante una Constitución escrita, cuya supremacía significa la subordinación a sus disposiciones de todos los actos emanados de los poderes constituidos que forman el Gobierno ordinario. Sin el constitucionalismo, como sistema de ordenamiento jurídico, no puede existir la República, que es una estructura, y mucho menos la democracia, que es su contenido ético. Sin la garantía del constitucionalismo, jamás podrá asegurarse la existencia de la dignidad y de la libertad humanas como, asimismo, las posibilidades de una justicia progresiva». L. A. Gazzolo, «Antecedentes y proyecciones de la Asamblea Constituyente en el Perú», en *Revista del Foro*, Colegio de Abogados de Lima (abril-junio 1978), p. 25.

534 Pocos principios jurídicos son tan fáciles de formular y tan difíciles de llevar a la práctica como el derecho constitucional a la presunción de inocencia. Este principio elemental, base y fundamento del proceso penal en el Estado de Derecho, tropezó con dos problemas que no siempre supo diferenciar con la suficiente claridad el sistema judicial durante la dictadura: ¿Qué son pruebas y qué medios probatorios pueden utilizarse para demostrar la culpabilidad de un acusado? ¿Y hasta qué punto el juez, incluso –desde un primer momento– la policía, el ministerio público son libres para valorar las pruebas sin más control que el fuero íntimo de su conciencia? Jamás podríamos olvidar que la búsqueda de la verdad en el proceso penal está limitada por el respeto a unos derechos fundamentales que impiden que la inocencia o culpabilidad de un acusado pueda ser investigada a toda costa o a cualquier precio. Por ejemplo, la prohibición de la tortura o de las escuchas telefónicas ilegales son sin duda obstáculos para la averiguación de la verdad, sin embargo, es el precio que hay que pagar por el respeto a los derechos fundamentales del acusado que el régimen de Pinochet no quiso y no supo tener en cuenta.

Si bien el AN no constituye el único factor que determinó la transición democrática en Chile (hubo muchos otros aparte de los antes expuestos: aislamiento internacional de la dictadura, descontento de la población pobre, etc.), el nuevo espíritu representado por el AN jugó por cierto el papel primordial de una «revolución paradigmática»⁵³⁵; supo mantener una estrecha conexión con amplios segmentos de la población sobre la que ejercía una enorme influencia positiva directa, lo que se traducirá en una participación con entusiasmo en las horas decisivas.

El 6 de octubre de 1988 había que votar a favor o en contra del mantenimiento de Pinochet en el poder hasta 1997: si lo rechazaban, debía realizarse una elección presidencial un año después, o sea en 1989 (es lo que ocurrió, con los resultados que se conocen: el 55% de los votos eligieron a Aylwin en la primera vuelta), probablemente, el porcentaje de votos obtenido por Pinochet (43%) habría sido menor si la oposición se hubiera presentado a votar con un candidato designado para la posterior elección presidencial. Las encuestas de la época indican que la opinión pública quería la designación como forma de reducir la incertidumbre en la oferta política de la oposición. Pero estimando que los indecisos representan el 10% de los electores (para los politólogos chilenos oscila entre el 12 y el 15%), puede suponerse que el voto favorable a Pinochet habría superado el 50%, confirmándolo en el poder, si no se hubiera firmado un pacto como el AN⁵³⁶.

Los regímenes militares que gobernaron en América andina desde 1970 hasta mediados de los 80 adoptaron precauciones para no rendir cuentas de sus mil tropelías tras la restauración de los gobiernos democráticos: «Se otorgaron amnistías a sí mismos, reformaron constituciones o presionaron a sus sucesores civiles para que aprobasen leyes eximiéndolos de acciones legales». Pinochet fue uno de éstos. Sin embargo, en Chile, los jóvenes organizados pidieron, luchando contra la corrupción, el procesamiento del general Pinochet por enriquecimiento ilícito⁵³⁷.

En sustancia, el golpista andino terminó decepcionando, aburriendo, extenuando a un pueblo que se sintió traicionado y que quizá sabía que «aunque la sociedad no esté fundada sobre un contrato, y aunque nada bueno se consiga inventando un contrato a fin de deducir

535 Cf. R. Thom, *Paraboles et catastrophes*, Flammarion, París, 1983, pp. 115-116. Traducción propia.

536 A. Montes Larrain, op. cit., pp. 150-160.

537 «Un poco de imaginación para encontrar el punto vulnerable en la coraza militar», en *Informe Latinoamericano* (24 de febrero de 1998), p. 85.

obligaciones sociales de él, todo el que recibe la protección de la sociedad debe una compensación por este beneficio, y el hecho de vivir en sociedad hace indispensable que cada uno se obligue a observar una cierta línea de conducta para con los demás»⁵³⁸. Evidentemente, él había quebrantado sus principales obligaciones para con esa patria que decía amar profundamente y querer serle útil.

4. Una tímida respuesta: la política de derechos humanos del primer gobierno de la Concertación

Conquistada la democracia, los sufridos chilenos pronto comprendieron que en un Estado organizado, con una Constitución política, cualesquiera sean sus características, no podía permitirse la arbitrariedad gubernamental, porque precisamente la coexistencia de las instituciones proscribía la posibilidad jurídica de su ocurrencia. Y para estar a la altura de las demandas de la sociedad y a fin de lograr la necesaria convergencia con los diversos organismos que trabajan en materia de derechos humanos, se consideró que el país debía experimentar una transformación radical. En materia de derechos humanos, el primer gobierno de la Concertación buscó atender la temática de las violaciones denunciadas a partir de un reconocimiento público de lo que había ocurrido. El primer paso en esa dirección fue el nombramiento de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación⁵³⁹; con el informe de la Comisión en sus manos, el entonces presidente de la República, líder del Partido demócrata cristiano, Patricio Aylwin, en nombre del Estado de Chile, pidió perdón públicamente por los crímenes cometidos durante el régimen militar y, luego, participó personalmente en las acciones de reparación simbólica a las víctimas y sus familiares. Acogiendo las recomendaciones de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, el gobierno de Aylwin adoptó una serie de acciones de indemnización en favor de las víctimas de los crímenes cometidos o de sus herederos: pensiones con fondos públicos,

⁵³⁸ J. Stuart Mill, *Sobre la libertad*, trad. de N. Rodríguez Salmones, Alianza, Madrid, 1970, p. 153.

⁵³⁹ «En los últimos años, más de 20 comisiones de la verdad han trabajado, sobre todo en África y América Latina, con el fin de promover la reconciliación de sociedades gravemente afectadas por las dictaduras o las guerras civiles.

La primera comisión de este tipo fue establecida en 1974 por el dictador ugandés Idi Amin, presionado por la comunidad internacional y las asociaciones de defensa de los derechos humanos. Pero, como era de esperar, el régimen nunca accedió a publicar sus conclusiones ni a aplicar sus recomendaciones.

Otras comisiones establecidas en los años 80 tuvieron más éxito. En Argentina, el informe Nunca Más, redactado por la Comisión Nacional para los Desaparecidos (CONADEP) tuvo una difusión masiva y permitió el enjuiciamiento de varios militares de alto grado. Más tarde, el juez español Baltasar Garzón utilizó las conclusiones de la Comisión Verdad y Reconciliación, dirigida en Chile por el senador Raúl Rettig en 1990-1991, como base de su orden de detención contra el dictador Augusto Pinochet en octubre de 1998» (P. B. Hayner, «Algo más que la verdad», en *El correo de la Unesco*, mayo (2001), p. 39).

becas para estudios y diversos programas de asistencia.

El proceso de investigación efectuado por la Comisión abrió un espacio fundamental para recibir el testimonio de los familiares de las víctimas. Según el Comité de Defensa de los Derechos del Pueblo (CODEPU), la publicación del informe de la Comisión y la entrega de la documentación reunida a las autoridades del Poder Judicial, activó más de cien procesos iniciados en relación con los crímenes en cuestión⁵⁴⁰. Sin embargo, la misma institución sostenía que muy pocos de estos casos concluyeron en sentencias que contuviesen un esclarecimiento definitivo de los hechos⁵⁴¹.

Las medidas adoptadas por el gobierno de Aylwin en materia de derechos humanos no provocaron cambios significativos en la actitud mostrada por el estamento militar sobre este tema. Las investigaciones de la Comisión debieron desarrollarse en un ambiente hostil, sin contar con la colaboración de las autoridades militares. Una vez publicado el informe, el Ejército y la Marina rechazaron públicamente sus conclusiones.

En el mismo sentido, en mayo de 1993, como protesta por las frecuentes citaciones de personal militar a juzgados ordinarios –a cargo de las investigaciones judiciales en curso sobre algunos de los casos de violaciones de derechos humanos–, se produjo un llamativo despliegue de «boinas negras» alrededor del edificio Diego Portales. Aunque esta operación, conocida como «el boinazo», fue inmediatamente rechazada por las autoridades del gobierno, habría provocado, según el CODEPU, una serie de negociaciones que desembocaron en el envío al Congreso, el 3 de agosto de ese año, de un proyecto de ley gubernamental destinado a agilizar los procesos seguidos por violaciones a los derechos humanos, que autorizaba la reserva de identidad de los

540 Según el informe publicado en 1994 por el CODEPU, estos procesos involucraron a 23 ex agentes de organismos de seguridad, «entre éstos están 17 carabineros, ex miembros de la disuelta DICOMCAR, y el civil Miguel Estay Reyno, condenados por el secuestro y posterior degollamiento de tres profesionales, en 1985. Otro de los casos corresponde al civil Osvaldo Romo, conocido torturador que fue expulsado desde Brasil a Chile, quien enfrenta acusaciones por veinte causas por casos de detenidos desaparecidos. También se encuentran detenidos, por el asesinato del dirigente sindical Tucapel Jiménez, el capitán (r) de Ejército y ex jefe operativo de la CNI, Alvaro Corbalán, el suboficial de Ejército Armando Cabrera Aguilar (condenado además por el crimen del transportista Mario Fernández) y el ex oficial del Ejército Osvaldo Pinchetti, encontrándose pendiente la situación del capitán (r) Carlos Herrera Jiménez (condenado y prófugo por el crimen de Mario Fernández), quien fue capturado en Argentina y que debería ser extraditado a Chile». Comité de Defensa de los Derechos del Pueblo, *Informe: 1990-1994*, CODEPU, Santiago, 1994, pp. 6-7.

541 De acuerdo al informe publicado por el CODEPU en 1994, además del caso seguido por el asesinato de Mario Fernández, sólo se han dictado condenas en las causas del asesinato de Carlos Godoy Echegoyen (contra el capitán en retiro de carabineros, Héctor Díaz Anderson) y de Orlando Letelier (contra el general en retiro Manuel Contreras y el brigadier Pedro Espinoza).

miembros de las Fuerzas Armadas y del orden emplazados por los tribunales. La oposición que despertó esta medida dentro de la propia Concertación gobernante y en importantes sectores sociales, provocó el retiro del proyecto.

En el terreno judicial, la política de reconocimiento de la verdad no tuvo como resultado el desarrollo de un patrón de procedimientos investigativos idóneos para establecer públicamente el destino final de los detenidos desaparecidos y la responsabilidad penal de quienes estuvieron involucrados en la realización de los crímenes. Al respecto, debe recordarse que, en agosto de 1990 la Corte Suprema había afirmado la validez del decreto de amnistía promulgado por el gobierno militar en 1978 y que, por otro lado, se mantuvo inalterada la política de la Corte en materia de contiendas de competencia, por la cual se continuó derivando a la justicia militar toda causa instaurada por violaciones a los derechos humanos en la que surgiese la presunta responsabilidad de personal militar.

En sustancia, puede decirse que la política de derechos humanos del gobierno obtuvo importantes logros en el establecimiento de la «verdad global» de lo ocurrido, pero no alcanzó el impacto buscado –según la propia Comisión– en torno a los procesos judiciales relativos a cada caso en particular, que correspondían al campo que se llamó «de la verdad concreta»⁵⁴². Sin embargo, los límites que es posible encontrar en la política de derechos humanos desarrollada por el primer gobierno de la Concertación no parecen corresponder a meras dificultades de ejecución sino que, en buena medida, son parte de un diseño que los incorporó conscientemente, al hacerse cargo de los estrechos márgenes de lo posible, a los efectos de desarrollar la acción del gobierno⁵⁴³. Según José Zalaquett, «el gobierno de Aylwin consideró que si la verdad y la justicia

542 El contraste entre «verdad global» –cuyo establecimiento queda bajo competencia del gobierno– y «verdad concreta» –competencia del Poder Judicial– puede encontrarse en el decreto de creación de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (parte considerativa). Asimismo puede hallarse en el informe que publicó la comisión en 1991 (primera parte). A título de antecedente, puede consultarse el artículo de José Zalaquett, quien fuera miembro de la comisión, «Confronting Human Rights Violations Committed by Former Governments: Principles Applicable and Political Constraints» (1989), que fue traducido y adaptado por el CIEPLAN y publicado después en castellano en la revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos bajo el título «Derechos humanos y limitaciones políticas en las transiciones democráticas del cono sur». En esta última versión se propone fundar la validez de establecer por vías distintas cada uno de estos niveles de verdad en razones operativas y de oportunidad: «parece ser que es mejor establecer separadamente dos dimensiones de la verdad de lo ocurrido: una es la verdad global, esto es, lograr una conclusión de innegable autoridad moral y que pueda ser ampliamente aceptada, acerca de cómo fueron planeadas y ejecutadas las prácticas represivas en cuestión, y cuáles fueron sus efectos; la otra es la verdad acerca de cada caso particular, para lo cual el camino preferente será el de un proceso judicial a través del cual se determine la suerte de la víctima, como las responsabilidades criminales de los hechores». J. Zalaquett, «Derechos Humanos y limitaciones políticas en las transiciones democráticas del cono sur», en *Revista IIDH*, n° 14, San José (1991), pp. 91 y ss.

543 *Ibíd.*, ver apartado 1.1 de este informe.

(en el sentido de perseguir la responsabilidad criminal) recibieran la misma prioridad, el resultado podría ser que ninguna se lograra. Por una parte, la ley de amnistía, de 1978, había sido considerada válida por los tribunales, y las correlaciones políticas en el Congreso no hacían posible cambiar la situación por reformas legales o constitucionales. Por otra parte, el temor de que los esfuerzos por revelar la verdad fueran la antesala de un gran número de procesos criminales, habría desatado desde ya una fuerte oposición política y militar en contra de tales esfuerzos.

Teniendo en cuenta este panorama peliagudo, el presidente Aylwin concluyó que debía darse prioridad a la verdad. Sin perjuicio de ello, se buscaría hacer justicia, a través de perseguir la responsabilidad criminal de los responsables, en la medida de lo posible, al mismo tiempo que se procuraría también otras formas de justicia, como la reivindicación del buen nombre de las víctimas y el pago de indemnizaciones a sus familias».

En todo caso, el nivel alcanzado en materia de aceptación de la verdad global en la sociedad chilena no guarda relación con los escasos avances logrados a nivel judicial sobre este tema. Pero, en un intento de balance, el déficit de mayor importancia probablemente esté dado por la relativa indiferencia con que importantes sectores sociales observaron el entrapamiento de los procesos instaurados por violaciones a los derechos humanos.

Frente a la debilidad del poder judicial chileno, Pinochet moriría gozando en buena medida de una injusta impunidad. Nos hubiera reconfortado verlo juzgado por la Corte Penal Internacional (CPI), cuya vigencia data del 1 de julio de 2002. «Su puesta en marcha se produce con arreglo a lo establecido por el Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998, que regirá su funcionamiento y jurisdicción»⁵⁴⁴. Después de los asesinatos perpetrados por las Fuerzas Armadas al servicio de Pinochet, cabe preguntarse si en el planeta mundializado actual pueden quedar sin castigo judicial los crímenes contra la Humanidad; ésa es la pregunta que ha dado pie a uno de los debates más polémicos en el ámbito jurídico internacional humanitario: si la comunidad internacional no hace tangible sus palabras para que el TTPI sea un hecho con todas sus consecuencias, nos tememos que los futuros dictadores –con o sin uniforme– podrán huir y burlarse de la Administración de Justicia. Repetidos casos en la región andina demuestran que

544 P. García, «El nacimiento de la Corte Penal Internacional», en *El País* (2 de julio de 2002), p.11.

cuando se declara el régimen de excepción, la vulneración a los derechos fundamentales invariablemente se multiplica y lo que reviste más complicación, los derechos más conculcados son los de mayor trascendencia: verbigracia, la vida, la seguridad personal, la libertad individual... El ejemplo chileno vino a confirmar esto con su amarga experiencia dictatorial. Pareciera ser que en Chile, donde tanto se cultiva la historia, poco se aprende de ella.

Entendimos en su tiempo, y comprendemos hoy, que un proceso de paz, de reconciliación no se reduce a la negociación en sí y a la simple firma de un documento. El camino que hay que recorrer después es bastante tortuoso, y entran en juego tanto el desarrollo económico y la democracia, como el perdón y el recuerdo de los sufrimientos pasados; las posibilidades de éxito de paz se basan en buena medida en la voluntad de quienes lo han suscrito, pero también en la sociedad civil y en el contexto internacional: esto lo prueban los casos de Perú y Colombia, aunque en esta última nación andina la paz está aún en ciernes.

5. Regulación actual de los estados de excepción en la Constitución de 1980

El derecho de excepción de la dictadura era a todas luces inconcebible, inaceptable en un régimen democrático; de modo que instaurado éste su reforma en la regulación de los estados excepcionales dentro de la Constitución en vigor, no se produciría hasta el año 2005.

El presupuesto de hecho habilitante, es decir la determinación de las situaciones de emergencia que dan paso a la declaración de los estados excepcionales, lo encontramos precisado en los artículos 39, 40, 41 y 42 de la Constitución en vigor.

Además de estos, los artículos 43, 44 y 45 configuran la *lex specialis* del estado de excepción chileno en materia constitucional.

Para su cabal comprensión cumplimos con transcribirlos.

Artículo 39. El ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución asegura a todas las personas sólo puede ser afectado bajo las siguientes situaciones de excepción: guerra externa o interna, conmoción interior, emergencia y calamidad pública, cuando afecten gravemente el

normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado.

Artículo 40. El estado de asamblea, en caso de guerra exterior, y el estado de sitio, en caso de guerra interna o grave conmoción interior, lo declarará el Presidente de la República, con acuerdo del Congreso Nacional. La declaración deberá determinar las zonas afectadas por el estado de excepción correspondiente.

El Congreso Nacional, dentro del plazo de cinco días contado desde la fecha en que el Presidente de la República someta la declaración de estado de asamblea o de sitio a su consideración, deberá pronunciarse aceptando o rechazando la proposición, sin que pueda introducirle modificaciones. Si el Congreso no se pronunciara dentro de dicho plazo, se entenderá que aprueba la proposición del Presidente.

Sin embargo, el Presidente de la República podrá aplicar el estado de asamblea o de sitio de inmediato mientras el Congreso se pronuncia sobre la declaración, pero en este último estado sólo podrá restringir el ejercicio del derecho de reunión. Las medidas que adopte el Presidente de la República en tanto no se reúna el Congreso Nacional, podrán ser objeto de revisión por los tribunales de justicia, sin que sea aplicable, entre tanto, lo dispuesto en el artículo 45.

La declaración de estado de sitio sólo podrá hacerse por un plazo de quince días, sin perjuicio de que el Presidente de la República solicite su prórroga. El estado de asamblea mantendrá su vigencia por el tiempo que se extienda la situación de guerra exterior, salvo que el Presidente de la República disponga su suspensión con anterioridad.

Artículo 41. El estado de catástrofe, en caso de calamidad pública, lo declarará el Presidente de la República, determinando la zona afectada por la misma.

El Presidente de la República estará obligado a informar al Congreso Nacional de las medidas adoptadas en virtud del estado de catástrofe. El Congreso Nacional podrá dejar sin efecto la declaración transcurridos ciento ochenta días desde ésta si las razones que la motivaron hubieran cesado en forma absoluta. Con todo, el Presidente de la República sólo podrá declarar el estado de catástrofe por un período superior a un año con acuerdo del Congreso Nacional. El referido

acuerdo se tramitará en la forma establecida en el inciso segundo del artículo 40.

Declarado el estado de catástrofe, las zonas respectivas quedarán bajo la dependencia inmediata del Jefe de la Defensa Nacional que designe el Presidente de la República. Este asumirá la dirección y supervigilancia de su jurisdicción con las atribuciones y deberes que la ley señale.

Artículo 42. El estado de emergencia, en caso de grave alteración del orden público o de grave daño para la seguridad de la Nación, lo declarará el Presidente de la República, determinando las zonas afectadas por dichas circunstancias. El estado de emergencia no podrá extenderse por más de quince días, sin perjuicio de que el Presidente de la República pueda prorrogarlo por igual período. Sin embargo, para sucesivas prórrogas, el Presidente requerirá siempre del acuerdo del Congreso Nacional. El referido acuerdo se tramitará en la forma establecida en el inciso segundo del artículo 40.

Declarado el estado de emergencia, las zonas respectivas quedarán bajo la dependencia inmediata del Jefe de la Defensa Nacional que designe el Presidente de la República. Este asumirá la dirección y supervigilancia de su jurisdicción con las atribuciones y deberes que la ley señale.

El Presidente de la República estará obligado a informar al Congreso Nacional de las medidas adoptadas en virtud del estado de emergencia.

Artículo 43. Por la declaración del estado de asamblea, el Presidente de la República queda facultado para suspender o restringir la libertad personal, el derecho de reunión y la libertad de trabajo. Podrá, también, restringir el ejercicio del derecho de asociación, interceptar, abrir o registrar documentos y toda clase de comunicaciones, disponer requisiciones de bienes y establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad.

Por la declaración de estado de sitio, el Presidente de la República podrá restringir la libertad de locomoción y arrestar a las personas en sus propias moradas o en lugares que la ley determine y que no sean cárceles ni estén destinados a la detención o prisión de reos comunes.

Podrá, además, suspender o restringir el ejercicio del derecho de reunión.

Por la declaración del estado de catástrofe, el Presidente de la República podrá restringir las libertades de locomoción y de reunión. Podrá, asimismo, disponer requisiciones de bienes, establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad y adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que sean necesarias para el pronto restablecimiento de la normalidad en la zona afectada.

Por la declaración del estado de emergencia, el Presidente de la República podrá restringir las libertades de locomoción y de reunión.

Artículo 44. Una ley orgánica constitucional regulará los estados de excepción, así como su declaración y la aplicación de las medidas legales y administrativas que procediera adoptar bajo aquéllos. Dicha ley contemplará lo estrictamente necesario para el pronto restablecimiento de la normalidad constitucional y no podrá afectar las competencias y el funcionamiento de los órganos constitucionales ni los derechos e inmunidades de sus respectivos titulares.

Las medidas que se adopten durante los estados de excepción no podrán, bajo ninguna circunstancia, prolongarse más allá de la vigencia de los mismos.

Artículo 45. Los tribunales de justicia no podrán calificar los fundamentos ni las circunstancias de hecho invocados por la autoridad para decretar los estados de excepción, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 39. No obstante, respecto de las medidas particulares que afecten derechos constitucionales, siempre existirá la garantía de recurrir ante las autoridades judiciales a través de los recursos que corresponda.

Las requisiciones que se practiquen darán lugar a indemnizaciones en conformidad a la ley. También darán derecho a indemnización las limitaciones que se impongan al derecho de propiedad cuando importen privación de alguno de sus atributos o facultades esenciales y con ello se cause daño.

Durante la dictadura militar preponderaron los citados estados de excepción. El estado de

emergencia estuvo vigente entre el 11 de septiembre de 1973 (día del golpe) y agosto de 1988; el estado de sitio entre el 11 de septiembre de 1973 y marzo de 1978, noviembre de 1984 y junio de 1985, así como entre septiembre de 1986 y enero de 1987; y el estado de excepción innominado, tan pronto como entró en vigencia la Constitución de 1980 (marzo de 1981) y hasta el final de la dictadura (marzo de 1989).

CAPÍTULO VII

PERÚ: ESTADO ABUSIVO EN EL USO DE LOS INSTITUTOS EXCEPCIONALES

1. Desarrollo de los estados de excepción en las Constituciones peruanas 1823-1979

«Los ingleses no reciben de sus antepasados una Constitución escrita con la que jurídicamente puedan resolver los problemas fundamentales de su convivencia. No existe ese documento básico. Pero en Inglaterra los gobernantes y los gobernados se encuentran con unas normas de conducta política –sabiamente elaboradas a lo largo de siglos– que completan las posibles lagunas del derecho constitucional [...] al tiempo que facilitan la buena marcha del régimen actual»⁵⁴⁵. Este conjunto de palabras, perteneciente al ex presidente del Tribunal Constitucional, Manuel Jiménez de Parga, bien puede valernos como recurso argumental indubitable a fin de demostrar a los peruanos que es completamente posible el funcionamiento de un Estado haciendo prescindencia de una Constitución escrita: los ingleses –lo estamos comprobando– supieron entenderlo así, ¡y hay que ver qué sociedad modélica mantienen!

Los entusiastas peruanos, una vez alcanzada la independencia de la metrópoli española, apostaron –quizá sin saberlo del todo– por la vida republicana y decidieron regirse por una Constitución escrita; sin embargo, es preciso reconocer que la búsqueda infructuosa por encontrar la «perfecta» (un verdadero régimen de libertad) prosigue todavía... Este fútil e incorregible afán sería pues, probablemente, cosa de nunca acabar. Por ello no debiera sorprendernos el rosario de Constituciones que se han sucedido a lo largo de su agitada historia. Incluso en el pasado 2012 se aprecian enfrentamientos dialécticos entre los constitucionalistas partidarios de mantener en vigor la actual Constitución y los que están por la derogación o por someterla a una severa reforma: ya hay cerca de 15 en casi 200 años.

A menudo no podemos evitar preguntarnos, ¿exacta o aproximadamente qué es lo que pretenden hallar en una Carta Magna? ¿Les importa en verdad mantener una seguridad jurídica? Quispe Correa lo tiene claro, a diferencia de la gran mayoría de sus compatriotas: «la Constitución ha sido mirada, muchas veces, como un instrumento susceptible de resolver todos los problemas de la convivencia humana. Y no es así. El hombre, la coyuntura, la revolución de las ideas, el cambio de sentimientos, hacen de la Carta un instrumento frágil. Corresponde al intérprete vivificar la norma, adaptarla, actualizarla, darle el sentido necesario que facilite la

545 M. Jiménez de Parga, *Los regímenes políticos contemporáneos*, Tecnos, Madrid, 6ª ed., 1ª reimp., 1987, pp. 295-296.

convivencia armoniosa entre los hombres»⁵⁴⁶.

No queremos decir que esa volubilidad sea un mal hábito de estos descendientes de los incas únicamente: pares andinos como, por ejemplo, los bolivianos, ecuatorianos, venezolanos también lo arrastran. En el Viejo Mundo, tenemos el caso español; aseveraba José Luis Aranguren, refiriéndose a la España quebradiza del siglo XIX: «Y por eso mismo pudo definir Galdós a la España del siglo pasado como “un país que anda buscando la mejor de las Constituciones posibles y no parece dispuesta a dejarse gobernar hasta que la encuentre”»⁵⁴⁷.

Y tocando ya el núcleo central del presente epígrafe, vale decir, el proceso evolutivo constitucional de los estados de excepción en el Perú en buena parte de su historia, no perdiendo de vista que ya «en un mundo afligido por incommensurables expectativas y violentas frustraciones y en que vuelven a renacer, en rondas peligrosas, viejas tesis geopolíticas, tenemos que aceptar que el régimen de excepción es una institución necesaria para la conducción del estado moderno»⁵⁴⁸.

1.1 La Constitución Republicana de 1823

Aún entre el ruido de los sables y el olor de la pólvora, los peruanos –prevalentemente el sector criollo– aparcaron sus diferencias y decidieron darse en 1823 la primera Constitución, que según José Pareja Paz-Soldán fue «la más acentuada expresión» del liberalismo⁵⁴⁹; para Lizardo Alzamora, representó un «liberalismo exagerado»⁵⁵⁰. Los constituyentes excluyeron toda regulación de las situaciones de excepción.

La confrontación bélica independentista tuvo como consecuencia que el propio Congreso Constituyente suspendiese la aplicación de la Constitución de 12 de noviembre de 1823 un día antes de su promulgación⁵⁵¹. Siguió un destino parecido a la lejana Constitución francesa del 24

546 A. Quispe Correa, *La Constitución en la mesa redonda*, Gráfica Horizonte, Lima, 2000, p. 71.

547 J. L. Aranguren, *Moral y sociedad*, op.cit., p. 47.

548 A. Quispe Correa, «El régimen de excepción», en *Revista El Magistrado*, n° 1, Lima (1982), p. 15.

549 J. Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, t. I, 6ª ed., Justo valenzuela V., Lima, 1980, p. 9.

550 L. Alzamora Silva, *Programa razonado de Derecho Constitucional del Perú*, Primera parte «Historia constitucional del Perú», Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1944, p. 46.

551 V. Ugarte del Pino, *Historia de las Constituciones del Perú*, Editorial Andina, Lima, 1978, p. 160; J. Basadre, *Historia de la República*, t. I, 5ª ed. aumentada y corregida, Editorial Universitaria, Lima, 1963, p. 61.

de junio de 1793, la cual «no tuvo vigor, porque Bazire, en la sesión de la Convención de 28 de agosto de 1793, propuso declarar a Francia en revolución hasta el reconocimiento de la independencia, lo que produjo la suspensión de la Constitución aprobada dos meses antes y la instauración del terror a través de la dictadura del Comité de Salvación Pública»⁵⁵².

Debemos advertir el interés normativo mostrado por los gobernantes en plena gestación y albores de la República, antecediendo a la dación de esta Constitución, por regular las circunstancias de emergencia a causa de la guerra. Por ello dieron el Reglamento Provisional de 12 de febrero de 1821 y el Estatuto Provisional de 8 de octubre del mismo año, dictados por el libertador José de San Martín al inicio de la guerra emancipadora contra la monarquía española. Claro está que, aunque no tienen categoría constitucional, cumplieron su cometido⁵⁵³.

1.2 La Constitución Bolivariana de 1826

La Constitución de 1826, conocida como Constitución Vitalicia de Bolívar, alude las situaciones de excepción en su artículo postrero: «Artículo 150. Los Poderes constitucionales no podrán suspender la Constitución, ni los derechos que correspondan a los peruanos, sino en los casos y circunstancias expresadas en la misma Constitución, señalando indispensablemente el término que deba durar la suspensión».

El artículo 30 establece: «Las atribuciones particulares de cada Cámara se detallarán en

552 A. Carro Martínez, op. cit., p. 212, nota 7.

553 Reglamento Provisional: «15. Por regla general se establece que mientras duren las actuales circunstancias, todas las causas de infidencia, traición, espionaje, o atentado contra el orden y autoridades constituídas, serán privativamente del conocimiento de la Capitanía General, a cuya disposición deberán remitirse los reos, con las correspondientes sumarias formadas por el juez del distrito para su decisión, conforme a las leyes».

Estatuto Provisional: «Sección Segunda, artículo 1: La Suprema potestad directiva de los departamentos libres del Estado del Perú, reside ahora en el Protector; sus facultades emanan del imperio de la necesidad, de la fuerza de la razón y de la exigencia del bien público; artículo 2: El Protector del Perú es el Generalísimo de las fuerzas de mar y tierra, y siendo su principal deber libertar a todos los pueblos que son parte integrante del territorio del Estado, él podrá aumentar o disminuir la fuerza armada como juzgue conveniente; artículo 3: Podrá imponer contribuciones, establecer derechos y exigir empréstitos para subvenir a los gastos públicos con consulta de su Consejo de Estado; artículo 4: Formará reglamentos para el mejor servicio y organización de las fuerzas navales y terrestres, comprendiendo en ellos la milicia del Estado; artículo 5: Arreglará el comercio interior y exterior conforme a los principios liberales de que esencialmente depende la prosperidad del país; artículo 6: Hará las reformas que juzgue necesarias en todos los departamentos de la administración pública, aboliendo los empleos que existían en el régimen antiguo, o creando otros nuevos; artículo 7: Establecerá el cuño provisional del Estado, pero no alterará el peso y ley, que ha tenido hasta el presente la moneda del Perú; artículo 8: Nombrará los enviados y cónsules cerca de las cortes extranjeras y promoverá el reconocimiento de la independencia del Perú, ajustando tratados diplomáticos o comerciales que sean conformes a los intereses del país, todo con consulta de su Consejo de Estado».

su lugar. Son generales: 5. Investir, en tiempo de guerra o de peligro extraordinario, al Presidente de la República, con las facultades que se juzguen indispensables para la salvación del Estado».

Ciertamente, este apartado del artículo 30 de la Constitución Vitalicia, «que fue la más fugaz de todas las Constituciones, pues duró apenas 7 semanas»⁵⁵⁴, constituye una parcela del derecho de excepción; habida cuenta que confluyen ahí las circunstancias especiales de «tiempo de guerra o de peligro extraordinario el Poder Legislativo puede investir al Presidente de la República con facultades excepcionales».

1.3 La Constitución Liberal de 1828

El texto constitucional de 1828, que se puede catalogar de reacción con reciedumbre a la autocracia reinante en la era de Bolívar, hace referencia a las situaciones de excepción al reglar en torno a las atribuciones del Congreso; de acuerdo con el apartado 23 del artículo 48, «autorizar extraordinariamente al Poder Ejecutivo, y sólo por el tiempo preciso, en casos de invasión de enemigos o sedición, si la seguridad pública lo exigiere; debiendo concurrir los dos tercios de los votos de ambas Cámaras; y quedando el Ejecutivo obligado a dar razón motivada de las medidas que tomare». Nótese la obligación que se establece al Ejecutivo de fundamentar las medidas que adopte.

1.4 La Constitución de 1834

Esta Constitución, para José Pareja Paz-Soldán, «reproduce casi literalmente la Constitución de 1828»⁵⁵⁵; a la hora de tratar los períodos de emergencia en el artículo 51, lo realiza con expresiones bastante análogas al apartado 23 del artículo 48 de su predecesora. El apartado 27 del artículo 51 de la Constitución de 1834 señala: «Autorizar extraordinariamente al Poder Ejecutivo en caso de invasión de enemigos, o de sedición, si la tranquilidad pública lo exigiere, designando las facultades que se le concedan, el lugar de su ejercicio y el tiempo de su duración; y quedando el Ejecutivo obligado a dar cuenta al Congreso de las medidas que tomare. Para esta autorización deben concurrir dos tercios de los votos en cada una de las Cámaras».

⁵⁵⁴ L. A. Gazzolo, op. cit., pp. 29-30.

⁵⁵⁵ J. Pareja Paz-Soldán, op. cit., p. 78.

1.5 El Pacto de Tacna de 1837

En 1836 se desató una de las luchas más duras en la región andina, teniendo por epicentro el Perú. «Su causa: el establecimiento de la Confederación Peruano-Boliviana»⁵⁵⁶.

Los encargados de redactar y aprobar el Pacto de Tacna se pronunciaron con un no rotundo a incluir un derecho de excepción dentro de sus 45 artículos; no encontramos oportuno entrar en el porqué de tal decisión, aunque no deja de parecernos muy extraña dadas las circunstancias que se atravesaban. «El Pacto de Tacna de 1837, por el que se establece la Confederación peruano-boliviana, no contiene disposición alguna para regular los estados de excepción»⁵⁵⁷.

1.6 La Constitución de Huancayo de 1839

Ella norma los diferentes momentos de emergencia en el Título X que trata sobre las atribuciones del Congreso; pondríamos de relieve la potestad que posee éste al declararse el estado de excepción fijando un plazo y territorio determinados.

Además exige el ejercicio de un control de un Poder del Estado sobre otro: el Ejecutivo debe dar cuenta al Legislativo del uso de las facultades extraordinarias recibidas. El precepto correspondiente determina: «Art. 55: 26. Declarar cuándo la República esté en peligro, y otorgar detalladamente al Presidente las facultades que juzgue bastantes para salvarla, designándole el tiempo y lugares en que debe usarlas, y con obligación de dar cuenta al Congreso, del uso que de ellas haya hecho».

Asimismo, la Constitución de 1839 prescribió que cuando la Patria se hallare bajo peligro el Consejo de Estado podía declararlo y otorgar al presidente de la República facultades extraordinarias, precisándose el ámbito territorial y el plazo. En efecto, el apartado 4 del artículo 103 de la Carta precitada señalaba que correspondía al Consejo de Estado: «Declarar cuándo la Patria esté en peligro, y otorgar detalladamente al Presidente las facultades que sean necesarias para salvarla, señalándose el tiempo y lugares, en que deba ejercerlas; y la obligación de dar

556 R. Chanamé Orbe, op. cit, p. 28.

557 J. Power Manchego-Muñoz, op. cit., p. 137.

cuenta al Congreso, y en su receso al Consejo de Estado, del uso que de ellas hubiere hecho».

La misma, en forma imperativa, señala que el presidente no podía ceder a otra persona ni completa ni parcialmente el uso de las facultades discrecionales que en las coyunturas en que la Patria esté en peligro se le conferían, con la intención de impedir, como escribe acertadamente Basadre, «que se repitiese lo ocurrido cuando Orbegoso efectuó esa transferencia en beneficio de Santa Cruz»⁵⁵⁸. El apartado 10 del artículo 88 de la Constitución de 1839 –refiriéndose al Jefe del Ejecutivo– reza: «No puede transmitir ni en todo, ni en parte, a persona alguna, el uso discrecional de las facultades que se le den detalladamente, en los casos en que la patria esté en peligro».

1.7 La Constitución Liberal de 1856

Esta Ley Fundamental omitirá expresarse en lo tocante a la institución de la suspensión de garantías, limitándose a señalar entre las atribuciones del Congreso (Título VIII, «del Poder Legislativo») en el art. 55.20 que éste podrá «declarar cuándo la República está en peligro y dictar dentro de la esfera constitucional, las medidas convenientes para salvarla»⁵⁵⁹.

1.8 La Constitución de 1860

El referido cuerpo normativo trae consigo como novedad importante la restricción en la suspensión de las garantías cuando se tienen que ejercitar aquellos derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en su espíritu y letra: la libertad y seguridad personales; prohíbe el destierro durante el estado de excepción, salvo por sentencia ejecutoriada; y el derecho de asociación. Esto se recoge en el artículo 59: «Son atribuciones del Congreso: 20. Declarar cuando la Patria esté en peligro y suspender por tiempo limitado las garantías consignadas en los

558 J. Basadre, op. cit., p. 528. El presidente Luis José de Orbegoso creó, con Santa Cruz, la Confederación Perú-boliviana en 1836. Derrotado por los chilenos en 1838, huyó.

559 En 1855, o sea, un año antes de entrar en vigor la Constitución que estamos tratando, «se eligió una Asamblea, que tomó el jacobino nombre de Convención Nacional, que dictó un Estatuto Provisional, que hizo de manera transitoria las veces de Constitución, dejando de lado la conservadora Constitución de Huancayo» (R. Chanamé Orbe, op. cit., pp. 34-35). Según su propio considerando, este Estatuto Provisional –promulgado el 27 de julio de 1855 por el presidente Provisorio Ramón Castilla– señala «las facultades y restricciones que han de servir de regla al Gobierno Provisorio, mientras se da la Constitución». Por la especial coyuntura en que se redactó (después de la batalla de La Palma, que enfrentó a los seguidores del depuesto Echenique con los revolucionarios partidarios de Castilla), no pudo soslayar normar las situaciones excepcionales.

artículos 18, 20 y 29». El supremo catálogo de normas mantiene a favor de las ya no tan nuevas libertades una defensa vital: lo que había sido en buena parte una actitud de principio entre los constituyentes, se consagra esencialmente por motivos de oportunidad frente a un Poder Legislativo cuya identificación con el sistema constitucional se observaba problemática.

1.9 La Constitución Liberal de 1867

Encontramos sin lugar a duda que el art. 59.21 de esta Constitución presenta prácticamente *ad litteram* el texto del precepto 55.20 de la Constitución de 1856, dos apartados antes reproducido, siendo la letra de aquélla: «Art. 59. Son atribuciones del Congreso: 21. Declarar cuando la Patria está en peligro, y dictar dentro de la esfera constitucional las medidas convenientes para salvarla». He ahí la vez única en que se contempla una situación de anormalidad constitucional.

1.10 La Constitución de la Patria Nueva (1920)

A sus autores se les reconoce una *bona fides* en la regulación y protección de unos derechos repetidamente amenazados, conculcados y de una débil democracia: era *iusta causa* evitar esta situación; por eso la suspensión de garantías es calificada por ellos de institución jacobina, prohibiéndosela; empero, esa «noble» actitud pasaría a ser prurito irrealizable, acaso un bello ensueño jurídico. El planteamiento ante la emergencia sigue siendo en no pocos casos el de ruptura de la legalidad: «No tardó la nueva Carta en ser constantemente violada; y la caída del régimen que la dictó y no la respetó, tuvo necesariamente que arrastrarla»⁵⁶⁰.

De modo taxativo se suprimió en la Constitución de 1920 la suspensión de garantías en su art. 35: «Las garantías individuales no podrán ser suspendidas por ninguna ley ni por ninguna autoridad». Pero el Estado tiene por fin «garantizar la libertad y los derechos de los habitantes; conservar el orden público» (art. 4). En tal virtud, se entrega al Congreso de manera exclusiva la facultad de dictar leyes y resoluciones con el objeto de evitar un peligro o a fin de hacer frente a cualquier crisis excepcional que vaya en detrimento de la seguridad estatal, mas manteniendo incólume la buena salud de las garantías, no sacrificándolas: «Art. 36. El Congreso dictará en

560 J. Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional peruano*, 2ª ed., Lumen, Lima, 1951, p. 123.

casos extraordinarios, en que peligre la seguridad interior o exterior del Estado, las leyes y resoluciones especiales que demande su defensa; pero sin que en los juicios de excepción a que hubiese lugar se pueda sentenciar a los inculpados. Estas leyes y resoluciones no pueden estar en desacuerdo con el artículo 35».

De casi nada sirvió formalizar –asignándole jerarquía constitucional– la prohibición de suspender las garantías individuales, fue reiteradamente incumplida. Tenemos distintos hechos de ese panorama: irrumpe con fuerza en la vida pública el decreto de 27 de mayo de 1920, refrendado por el ministro Leguía y Martínez, acerca de la expulsión de los extranjeros denominados perniciosos y que determinó la improcedencia de la acción de hábeas corpus contra dicha norma, así como ordenó (dinamitando el Estado de Derecho) que las autoridades y funcionarios de policía debíanse abstener de obedecer las sentencias expedidas por el Poder Judicial⁵⁶¹. Promulgada la Constitución el 18 de enero del año citado, tal vulneración se ha de perpetrar apenas meses después. El presidente de turno era Augusto B. Leguía y sobre su gestión y la Carta Magna traemos otra vez a colación las palabras de José Pareja Paz-Soldán: «No podemos dejar de condenar el régimen dictatorial y arbitrario en que se desenvolvió y en el que fueron olvidadas y menoscabadas las garantías, tan extensa y cuidadosamente señaladas en la nueva Constitución»⁵⁶².

Surge así en dicha Constitución como un elemento característico y problema específico el concepto de garantías, empleándose las en un sentido dual que abarcaba a los derechos como a las garantías, entendiéndose estas últimas como procedimientos, mecanismos para hacer cumplir los derechos.

1.11 La Constitución de 1933

Claramente advertimos que la antepenúltima Constitución política, vale decir, la de 1933, fue diferente en varias esferas con respecto a las anteriores, pues ellas (con excepción de la de 1826), por ejemplo, en lo que atañe al Poder Ejecutivo, las diferencias que mantenían entre sí eran más de forma que de fondo al momento de normar su participación ante situaciones de

561 El decreto mencionado –como no podía ser de otra forma– provocó la respuesta enérgica de la Corte Suprema del Poder Judicial y de un sector del Parlamento. Vid. J. Basadre, *Historia de la República*, t. VIII, 5ª ed. aumentada y corregida, Editorial Universitaria, Lima, 1963, pp. 3966-3968.

562 J. Pareja Paz-Soldán, op. cit., p. 122.

patología política, otorgando un papel decisivo en esta área a favor del Poder Legislativo: se limitaban las facultades del Ejecutivo a fin de que no se convirtiese en el «señor» omnipotente e irrefrenable de la resolución de eventuales emergencias. Únicamente las necesidades de la salvación del Estado —cubriéndosele de una protección extraordinaria— podían exigir el reforzamiento del poder del Jefe del Ejecutivo y este argumento hicieron suyo los constituyentes para consagrarlo como parte principal del derecho de excepción en el art. 70 de la segunda Constitución del siglo pasado, estableciéndose ahí mismo la suspensión de algunas libertades individuales. Empero, la redacción del texto adolece de una notoria imprecisión en la fijación del supuesto y los efectos: «Art. 70. Cuando lo exija la seguridad del Estado, podrá el Poder Ejecutivo suspender total o parcialmente, en todo o en parte del territorio nacional, las garantías declaradas en los artículos 56, 61, 62, 67 y 68. Si la suspensión de garantías se decreta durante el funcionamiento del Congreso, el Poder Ejecutivo le dará inmediata cuenta de ella. El plazo de suspensión de garantías no excederá de treinta días. La prórroga requiere nuevo decreto. La ley determinará las facultades del Poder Ejecutivo durante la suspensión de garantías».

La Constitución de 1933 da un giro de ciento ochenta grados en el asunto de las garantías individuales. La protección extraordinaria del Estado podía manifestarse en su verdadero sentido en el momento en que la seguridad de éste puede colisionar con ciertos derechos y libertades: la Constitución dejaba de ser inmune a las exigencias de la seguridad pública; para hacer frente a la emergencia son precisables, enumerables recortes de derechos contenidos en artículos tales como: «Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez competente o de las autoridades encargadas de conservar el orden público» (art.56); «El domicilio es inviolable. No puede ingresarse en él sin que se manifieste previamente mandamiento escrito y motivado del juez o de la autoridad competente» (art. 61); «Todos tienen el derecho de reunirse pacíficamente y sin armas [...]» (art. 62); «Es libre el derecho de entrar, transitar y salir del territorio de la República [...]» (art. 67); «Nadie puede ser extrañado del territorio de la República, ni separado del lugar de su residencia, sino por sentencia ejecutoriada o por aplicación de la Ley de Extranjería» (art. 68).

«Como la lucha política había sido tan intensa y el país continuaba agitado y dividido, ese ambiente se reflejó naturalmente en el Parlamento, absorbido por candentes problemas políticos

con menoscabo de su función constituyente»⁵⁶³. 1931 es el año en que empieza a ejercer sus funciones el Congreso Constituyente; se aprueba el reglamento que lo va a regir, sosteniéndose en el artículo 1 «que aquél, de acuerdo con el mandato especial que le habían otorgado los pueblos, tenía por finalidad primaria, expedir una nueva Carta Política, manteniendo en toda su amplitud, sus poderes de Congreso. Y así pues, alternativa o sucesivamente, actuará como Congreso Ordinario o como Asamblea Constituyente»⁵⁶⁴. La principal fuerza de la oposición, el partido aprista, no cejaba en su empeño de ejercer una labor obstruccionista en contra de las posiciones gubernamentales, produciéndose una respuesta violenta por parte del presidente de turno Sánchez Cerro, que «hizo aprobar, festinatoriamente, una copia casi textual de la ley española represiva llamada Ley de Emergencia, que significaba crear un régimen jurídico de excepción con carácter permanente e importaba la total supresión de las garantías individuales»⁵⁶⁵. De los debates producidos en torno al proyecto de Ley de Emergencia en el Congreso Constituyente, destacaron las intervenciones del parlamentario Víctor Andrés Belaúnde; expresará en la sesión fechada el 9 de enero de 1932: «El gobierno, en mi concepto, ha cometido un grave error al imitar la ley española que, como se ha dicho muy bien aquí, es una ley excepcional y tiránica, porque si la República Española siguiera rumbos moderados no hubiera tenido necesidad seguramente de promulgar aquella ley arbitraria, injusta y jacobina»⁵⁶⁶.

⁵⁶⁷.

1.12 La Constitución de 1979

Dentro de su articulado, la Carta Fundamental utiliza una fórmula distinta a la de sus homólogas anteriores en el tema relativo al régimen de excepción: es el art. 231 el que la desarrolla, resultando allí lo más llamativo cómo se reserva de manera específica y exclusiva a favor del presidente de la República y al Gobierno la facultad de decretar los estados de

⁵⁶³ Ibid., p. 126.

⁵⁶⁴ Ídem.

⁵⁶⁵ Ibid., p. 127.

⁵⁶⁶ V. A. Belaúnde, *El debate constitucional: discurso en la Asamblea 1931-1932*, Lima, 1966, p. 113.

⁵⁶⁷ Ampliando sobre la ley española duramente criticada por Víctor Andrés Belaúnde, Pedro Cruz Villalón escribe: «En relación con el derecho de excepción de la segunda República es de señalar ante todo que la Constitución de 1931 dejó vigente, hasta el momento de disolución de las Cortes constituyentes y con rango de ley constitucional, la llamada “Ley de Defensa de la República” de 21 de octubre de 1931 dictada en virtud de la plenitud de potestad de dichas Cortes, siguiendo el modelo de las leyes del mismo nombre de la República alemana de Weimar. La Ley, que suponía una situación de suspensión de determinados derechos fundamentales, protagoniza el derecho de excepción durante los dos primeros años de la República» (P. Cruz Villalón, op. cit., p. 42).

excepción contemplados en las letras a) y b). Exento de exageración, nos atreveríamos a afirmar que los constituyentes de 1978-1979, a fin de solventar una crisis por venir o ya producida en el Estado, confiaron en primer lugar sólo en el Ejecutivo, quien por tal razón ha de erigirse en la jerarquía suprema; anejo a la declaración de los estados excepcionales, pasa a pertenecerle a este súper órgano el *dominium mundi* de la zona en emergencia.

También de acuerdo con este artículo se pueden suspender determinadas garantías constitucionales, lo que suponía la negación *pro tempore* de ciertos derechos fundamentales.

Prescribe *ab integro* el art. 231: «El Presidente de la República con acuerdo del Consejo de Ministros, decreta, por plazo determinado, en todo o en parte del territorio y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, los estados de excepción que en este artículo se contemplan:

a) Estado de emergencia, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. En esta eventualidad, puede suspender las garantías constitucionales relativas a la libertad y seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, la libertad de reunión y de tránsito en el territorio, que se contemplan en los incisos 7, 9 y 10 del artículo segundo y del inciso 20.g del mismo artículo segundo. En ninguna circunstancia, se puede imponer la pena de destierro. El plazo del estado de emergencia no excede de sesenta días. La prórroga requiere nuevo decreto. En estado de emergencia, las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno cuando lo dispone el presidente de la República.

b) Estado de sitio en caso de invasión, guerra exterior o guerra civil o peligro inminente de que se produzcan, con especificación de las garantías personales que continúan en vigor. El plazo correspondiente no excede de cuarenta y cinco días.

Al decretarse el estado de sitio el Congreso se reúne de pleno derecho. La prórroga requiere aprobación del Congreso».

De la simple lectura del artículo que acabamos de transcribir, entendemos que el mismo posee el carácter de *lex specialis* en relación con el artículo segundo⁵⁶⁸, regulando unos estados de excepción que «son situaciones de naturaleza totalmente distinta, sus supuestos difieren cualitativamente; en consecuencia, el uno no es etapa previa del otro, ni se trata de fases o grados de un mismo proceso»⁵⁶⁹.

Los legisladores incluyeron en la letra a) del art. 231 el elemento fundamental para la aplicación del primero de los dos estados excepcionales constitucionales, el estado de emergencia; el presupuesto del hecho habilitante, es decir, la determinación de la situación de emergencia la comprenden acaecimientos, hechos de índole diferente. Se declarará el estado de emergencia para hacer frente a la perturbación de la paz o del orden interno; con el propósito de atender catástrofes originadas por seísmos, inundaciones, grandes corrimientos de tierra o aludes; a fin de acometer situaciones que puedan golpear de manera directa y gravemente a la población: epidemias, pandemias, accidentes producidos por la mano del hombre, desabastecimiento de los productos considerados de primera necesidad.

Su procedimiento resultaba ágil: el presidente de la República, siempre con el acuerdo del Consejo de Ministros, –en parte o en la totalidad del territorio estatal– declara el estado de emergencia, valiéndose para ello del Decreto Supremo, donde ha de señalarse explícitamente el espacio territorial y temporal y los efectos de la medida, entrando en vigencia al día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano; la difusión de su publicación se lleva a cabo a través de todos los medios de comunicación social y en observancia del art. 87 del texto constitucional⁵⁷⁰; el jefe del Ejecutivo está obligado a informar al Primer Poder del Estado sobre tal declaración y, ante la hipótesis de encontrarse éste en receso, a la Comisión Permanente. El carecimiento de una limitación a las prórrogas en la declaración de este instituto –bastando únicamente para ello la decisión del Ejecutivo– permitió que éstas fueran dadas de un modo constante, indefinido desde 1980 hasta la derogación de la Constitución.

568 El art. 2 de la Constitución de 1979, en su extenso tenor de veinte apartados, desarrolla una serie de derechos fundamentales: verbigracia, el de la inviolabilidad del domicilio, el de la inviolabilidad y el secreto de los papeles privados y de las comunicaciones, el de elegir de manera libre el lugar de la residencia y a recorrer por el territorio de todo el Estado (no pudiendo ser repatriado ningún ciudadano ni separado de su residencia sin mandato judicial), el de reunión, etc.

569 J. Power Manchego-Muñoz, op. cit., p. 169.

570 «Art. 87. La publicidad es esencial para la existencia de toda norma del Estado. La ley señala la forma de publicación y los de su difusión oficial».

Hay unos efectos con la declaración referida. El Ejecutivo tiene la virtud o la fuerza de suspender puntual y temporalmente determinados derechos constitucionales incluidos en ciertos apartados el precitado art. 2: la inviolabilidad del domicilio (7)⁵⁷¹; la libertad de transitar por todo el territorio estatal (9)⁵⁷²; la libertad de reunión (10)⁵⁷³; la libertad individual, pudiendo ser afectada sólo por mandato de un juez o por autoridad policial ante la comisión de flagrante delito (20.g)⁵⁷⁴.

La letra b) de este art. 231 presenta un segundo estado excepcional, el de sitio; el aludido instituto constituye una novedad en el derecho de excepción peruano: por vez primera aparece regulado constitucionalmente⁵⁷⁵, mientras legislaciones de otros países andinos y la hispana lo incorporan anteriormente, utilizándose también para referirse a él la denominación «estado de guerra». Los supuestos para su declaración son invasión, guerra interna o externa o inminente producción de cualquiera de ellas. El procedimiento de la declaración es análogo al del estado de emergencia, variando el de la prórroga, habida cuenta que la misma necesitaba de la aprobación del Congreso que, aunque no se detalla de qué mayoría se precisa, se colige que ha de bastar con la simple. Declarar el estado de sitio lleva consigo unos efectos de mayor envergadura que la declaración del estado de emergencia, ya que su aplicación puede significar «la suspensión del ejercicio de casi todos los derechos fundamentales. En efecto, únicamente continúan en vigor los que expresamente se especifiquen en la declaración»⁵⁷⁶. Máximo serán cuarenta y cinco días la vigencia de la declaración, pudiendo prorrogarse el término. Una consecuencia inherente de esta declaración era la notable presencia de las Fuerzas Armadas en el escenario correspondiente, invistiéndoselas prácticamente de «los tres poderes», pero el presidente de la República nunca pierde la condición de Jefe Supremo (art. 273)⁵⁷⁷.

571 «7. A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones ni registros sin autorización de la persona que lo habita o por mandato judicial, salvo el caso de flagrante delito o de peligro inminente de su perpetración».

572 «9. A elegir libremente el lugar de su residencia, a transitar por el territorio nacional y salir de él y entrar en él».

573 «10. A reunirse pacíficamente sin armas. Las reuniones en locales privados o abiertos al público no requieren aviso previo. Las que se convocan en plazas y vías públicas exigen anuncio anticipado a la autoridad, la que podrá prohibirlas solamente por motivos probados de seguridad o de sanidad públicas».

574 «20.g. Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en flagrante delito. En todo caso el detenido debe ser puesto, dentro de veinticuatro horas o en el término de la distancia, a disposición del juzgado que corresponde. Se exceptúan los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas en los que las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de 15 días naturales, con cargo de dar cuenta al Ministerio Público y al juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido el término».

575 M. Rubio y E. Bernal, *Perú: Constitución y sociedad política*, Desco, Lima, 1981, p. 263.

576 J. Power Manchego-Muñoz, op. cit., p. 178.

577 «Art. 273. El Presidente de la República es el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas Policiales. Dirige el Sistema de Defensa Nacional».

Al haber ratificado el Perú la Convención Americana Sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, y adquirir la misma rango constitucional (art. 105)⁵⁷⁸, se mantendrá intacto el disfrute de derechos tales como el de la vida, el de la integridad personal, el de reconocimiento de la personalidad jurídica, los políticos, el de libertad de conciencia y religión, etc.; todos ellos no sufrirán suspensión alguna durante los periodos de excepción.

2. Proliferación de los estados de excepción en el siglo XX

Afirma Alberto Antonio Spota: «No hay duda ninguna de que las formas normales de legislar por un lado y la ampliación de las competencias del poder ejecutivo por el otro, ingresaron en la vida constitucional de los pueblos de Occidente en este siglo XX con una extraordinaria virulencia, proporcional a los impactos y cambios que se produjeron como consecuencia de grandes y trascendentes tensiones sociales y políticas. Normalmente grandes guerras que desencadenaron muy fuertes tensiones sociales.

Es así que la delegación de capacidad legislativa en el ejecutivo apareció, se desarrolló y creció en forma notable, durante el transcurso de la primera guerra mundial, fundamentalmente en Francia»⁵⁷⁹.

Naturalmente, esto se hizo extensivo al Perú: puede resultar ilustrativo recordar que en los casi cinco decenios que tuvo de vida la segunda Constitución del siglo XX (la de 1933) se decretaron innumerables estados de excepción y se pusieron en vigor dos leyes generales de excepción. Sólo en los últimos 20 años de vida de dicha Constitución –vale decir, hasta 1980– se declararon más de 50 veces los estados de excepción.

Diego García-Sayán precisa: «Como es conocido, la historia política peruana y su expresión en el derecho constitucional ha estado llena de tropiezos de significación. La reiterada explicitación en la historia de nuestras Constituciones de un tipo de organización de Estado liberal y de un conjunto de derechos constitucionales en correspondencia a dicho tipo de Estado,

578 «Art. 105. Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución».

579 A. A. Spota, «La división de poderes en la emergencia», en *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, t. XX, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 1993, p. 210.

no ha tenido por lo general un correlato en la vida misma del país. La brecha entre la realidad y el derecho formalmente otorgado a la población ha sido ancha y peligrosa llegando a una muy seria y profunda escisión entre la sociedad civil y el Estado. Dentro de ese contexto el funcionamiento efectivo de una organización democrática de la sociedad ha tendido a ser epidérmico y efímero. Epidérmico, por cuanto la misma organización de la sociedad global trazaba diferencias económicas y sociales muy agudas entre la población; esa simple situación configuraba, de por sí, un cuadro de cercenamiento de un conjunto de derechos para los sectores mayoritarios de la población (particularmente para el campesinado indígena). Efímero, por cuanto la vigencia formal de los regímenes constitucionales –aún con todas sus limitaciones– ha sido largamente superada por formas de ejercicio del poder extra-constitucionales»⁵⁸⁰.

Certísimo, de los últimos 50 años –para referirnos a un período histórico no muy distante– más de 30 se han vivido en situación de excepción y de extra-constitucionalidad. En los años restantes han existido regímenes civiles que con cierta frecuencia han hecho uso de los preceptos de «suspensión de garantías» a que los facultaba la Constitución.

2.1 Ley de Emergencia de 1932 y Leyes complementarias

Un hito importante del siglo anterior fue la Ley de Emergencia dictada en enero de 1932 durante el gobierno del presidente Sánchez Cerro. Dicha ley –que mantuvo su vigencia hasta 1945– permitió el desafuero de parlamentarios de grupos de oposición (de los partidos aprista⁵⁸¹ y descentralista) del Congreso Constituyente que se había instalado en 1931 y que habría de aprobar en 1933 una nueva Constitución.

Durante los siguientes doce meses, turbulentos política y socialmente, se dictaron otras leyes dentro del marco de la Ley de Emergencia y que afectaban derechos y principios constitucionales fundamentales. Destacan, entre ellas, la Ley 7491 de marzo de 1932 por la cual se estableció, con carácter de retroactividad, la pena de muerte⁵⁸². «A las pocas semanas se

580 D. García-Sayán, «Perú. Estados de Excepción y su Régimen Jurídico», en *Estados de emergencia en la región andina*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1987, pp. 96-97.

581 El partido aprista, cuyo nombre es Alianza Popular Revolucionaria Americana, constituye la primera fuerza política del país; fue frecuentemente empujado a la clandestinidad. Así, por ejemplo, «en los años cincuenta [...] el APRA había pasado a la clandestinidad. Pero en 1956, luego de un acuerdo con Manuel Prado, se incorpora a la legalidad» (F. Miró Quesada Rada, *Evolución, desarrollo y crisis del sistema de partidos*, Instituto Voltaire, Lima, 1997, p. 48).

582 Dicha ley se dictó al día siguiente de que el presidente Sánchez Cerro fuera víctima de un atentado político; los

dictaron otras dos leyes (la 7542 y la 7546) por las cuales se establecieron las Cortes Marciales destinadas a juzgar sumariamente a los implicados en la insurrección aprista ocurrida por esos días en la norteña ciudad de Trujillo. Varios centenares de personas fueron juzgadas sumariamente y fusiladas. Dichas leyes contravenían claramente lo establecido en la aún vigente Constitución de 1920 que prohibía que los civiles fueran juzgados por los Tribunales Militares. En la Constitución de 1933 esta prohibición se eliminó»⁵⁸³.

Al año siguiente se promulgó, después de dos años de debates, la Constitución de 1933. En ella se estableció un conjunto de derechos constitucionales y de garantías para hacerlos valer que no fueron puestos en vigencia sino doce años más adelante cuando, al acceder al gobierno el presidente Bustamante y Rivero en 1945, se derogó la Ley de Emergencia y se dio una Ley de Amnistía.

En los años que siguieron a Sánchez Cerro y cuando ya estaba teóricamente vigente la nueva Constitución, en lugar de reducirse la amplitud de la Ley de Emergencia, el gobierno de Benavides acrecentó su importancia⁵⁸⁴.

2.2 Ley de Seguridad Interior (1949-1956)

En 1945, al acceder al poder el presidente Bustamante, uno de los primeros actos del Congreso fue, como ha quedado señalado, derogar las leyes de excepción dictadas en los años previos y disponer a la vez una amnistía política bastante amplia. La primavera democrática duró poco tiempo pues en 1948, luego del golpe militar encabezado por el General Odría, se puso fuera de la ley a dos importantes partidos políticos (el APRA y el Partido Comunista). Se dictó, asimismo, una norma general de excepción denominada «Ley de Seguridad Interior de la República» (Decreto Ley 11049) destinada a juzgar «todos los casos de delincuencia político-

responsables (o presuntos responsables) fueron juzgados sumariamente y condenados a muerte. En las últimas horas que les quedaban de vida y cuando los preparativos para el fusilamiento y entierro estaban hechos, se les conmutó la pena.

583 D. García-Sayán, op. cit., pp. 97-98.

584 Luego de disolver el Congreso, dictó en 1937 la Ley 8505 mediante la cual se ampliaba la Ley de Emergencia, imponiendo iguales penas para los delitos políticos fueran éstos frustrados o consumados. Establecía con claridad, asimismo, la jurisdicción del Fuero Militar para el caso de los delitos políticos. La Ley 8842, dictada en 1939, incorporó las empresas periodísticas a la Ley de Emergencia; aplicando dicha ley se clausuró un diario que apoyaba a un candidato a la Presidencia distinto del apoyado por el gobierno. Al promulgarse el código de Procedimientos Penales en el mismo año se suspendió, en una de sus disposiciones finales, el ejercicio del hábeas corpus mientras estuviera en vigencia la Ley de Emergencia.

social».

«La gama de delitos previstos en dicha norma era extraordinariamente amplia. Iba desde “propalar noticias falsas” hasta “adherir a doctrinas foráneas”. El delito consumado merecía la misma calificación que el delito frustrado. Las penas para la mayor parte de los delitos allí previstos iban desde la multa hasta la expatriación pero, “...cuando se atentare contra la organización del Estado y la paz interna de la República...” se podía aplicar la pena de muerte. El fuero competente era el Fuero Militar y los procedimientos sumarios. Un aspecto crucial de dicha ley consistió en facultar al Ministerio de Gobierno y Policía (hoy Ministerio del Interior) a tomar todas las “disposiciones preventivas” destinadas a impedir que se cometieran los delitos tipificados en dicha ley. Esas “disposiciones preventivas”, que no requerían que el detenido pasase a disposición del juez, dieron lugar a un sinnúmero de arbitrariedades cometidas por el poder central por medio de detenciones arbitrarias, allanamientos de domicilio, deportaciones de ciudadanos, etc.»⁵⁸⁵.

La presión ciudadana y el resquebrajamiento del régimen del General Odría llevó a que se dictaran –recién en 1956– ciertas modificaciones a la Ley de Seguridad Interior restringiendo parcialmente la jurisdicción militar y estableciendo la aplicabilidad del Código de Procedimientos Penales. Con el advenimiento de un régimen constitucional en julio de 1956, uno de los primeros actos del Congreso recién instalado fue derogar la Ley de Seguridad Interior y sus modificatorias así como dictar una amnistía política.

2.3 Panorama trágico en los primeros diez años de recuperada la democracia (1980-1990)

Recuperada la democracia, en 1980, después de 12 largos años de dictadura militar, Fernando Belaúnde Terry fue reelegido presidente⁵⁸⁶. Su gobierno enfrentó un creciente desorden social, incluyendo huelgas y el sabotaje de Sendero Luminoso⁵⁸⁷, imponiendo estados de emergencia transitorios. La violencia política –en ese momento concentrada en el departamento

⁵⁸⁵ D. García-Sayán, op. cit., p. 99.

⁵⁸⁶ El mismo había sido derrocado por el General Juan Velasco Alvarado en 1968, quien implantó un régimen militar populista; después de nombrar como su primer ministro a Francisco Morales Bermúdez, éste a su vez lo depondrá del gobierno en 1975, proclamándose presidente, y convocará una Asamblea Constituyente en 1978 para la redacción de una nueva Constitución, dejando el poder en 1980.

⁵⁸⁷ Organización terrorista peruana de tendencia maoísta, fundada por Abimael Guzmán en 1978. Para conocer más sobre su fundador, podemos leer su libro autobiográfico *De puño y letra*, publicado en septiembre de 2009.

de Ayacucho y con manifestaciones en los departamentos de Apurímac y Huancavelica– fue enfrentada con la imposición y constante prorrogación del estado de emergencia.

«Se constituyeron entonces los Comandos Político-Militares al mando de generales designados por el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, quienes obraron sin norma específica regulatoria hasta 1985, en que se promulgó la Ley N° 24150.

Esta Ley (se la intituló «Normas que deben cumplirse en los Estados de Excepción en que las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno, en todo o parte del territorio Nacional»), al formalizar la existencia de los Comandos Político-Militares, les facultó virtualmente a suplantar la competencia de las autoridades civiles, permitiendo a la vez a los mandos castrenses poderes amplísimos con límites muchas veces imprecisables.

En ese contexto, la intervención de las Fuerzas Armadas en las “zonas de emergencia”, lejos de dislocar la espiral violentista, la incrementó [...]»⁵⁸⁸.

Bajo el estado de emergencia –impuesto sólo por autorización del presidente, que podía durar hasta 60 días y ser renovado, según el art. 231 de la Constitución de 1979, visto ya en el apartado 1.12–, las fuerzas de seguridad podían allanar una casa y detener personas sin orden de arresto. Los derechos de libertad de reunión y de tránsito quedaban suspendidos. Otros, como el derecho de los detenidos de saber los cargos en su contra y de obtener representación legal, no quedaban legalmente suspendidos pero eran habitualmente violados en la práctica durante los estados de emergencia impuestos por el gobierno de Belaúnde, ya no sólo en unas zonas determinadas sino extendidos en todo el territorio nacional, donde hicieron su presencia otros grupos terroristas como el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA). «La Constitución, las normas internas y los convenios internacionales sobre derechos humanos, carecían de vigencia efectiva para la población de las zonas de emergencia, generando la preocupación e incluso informes de diversas entidades tanto nacionales como extranjeras, entre las que se cuentan Amnistía Internacional y Americas Watch»⁵⁸⁹.

588 Comisión Andina de Juristas, *Perú y Chile: poder judicial y derechos humanos*, Lima, 1988, p. 31.

589 *Ibíd.*, p. 32.

El Parlamento del Perú, a través del Senado, constituyó en mayo de 1988 una comisión – designándose como presidente al senador Enrique Bernalles Ballesteros– a fin de hacer un diagnóstico cuidadoso y pormenorizado del fenómeno de la violencia y plantear las soluciones correspondientes. En su informe de 1989, por ejemplo, en cuanto a ataques sobre personas y propiedad por parte de Sendero Luminoso, MRTA y grupos paramilitares, se señala que «entre mayo de 1980 (cuando Sendero declaró el inicio de su guerra popular prolongada contra el Estado) y principios del gobierno de Alan García, hubo un total de 5.880 ataques. En los cuatro años y medio desde julio de 1985 hasta diciembre de 1989, el número casi se duplicó a 10.621. Esto da un total para la década de 16.501, de los cuales 2.117 ocurrieron en 1989»⁵⁹⁰.

A esos datos, la misma comisión nos aporta otros, precisándolos geográficamente: «En 1989, las zonas urbanas sufrieron más de la mitad de [las acciones violentas]. Esto representa un cambio con respecto a los inicios de los años 80, cuando la violencia estaba concentrada en los departamentos rurales de Ayacucho, Huancavelica y Apurímac. Por sí solos, los atentados contra las torres de alta tensión, incluyendo los que afectaron industrias norteñas como la minería, significaron costos de reparación y pérdida de horas de trabajo que representaron un daño total de US\$ 600 millones en 1989. Durante la década, el costo económico del terrorismo para el Perú fue de más de US\$ 15.000 millones, que equivale a casi el 83% del Producto Bruto Interno y casi la misma cantidad que la deuda externa del país»⁵⁹¹.

Aquel mismo informe, yendo más allá, nos entrega cifras esclarecedoras en lo atinente a personas muertas y heridas, aunque, evidenciando una máxima honestidad, previene que las cantidades no son enteramente fiables, obedeciendo esto a distintos problemas en el momento de ratificar testimonios orales.

590 Americas Watch, *Una guerra desesperada: Los Derechos Humanos en el Perú después de una década de democracia y violencia (Informe de Americas Watch)*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1990, pp. 21-22.

591 *Ibíd.*, p. 22.

Por año, las cifras sobre muertes son las siguientes:

1980	3
1981	4
1982	170
1983	2.807
1984	4.319
1985	1.359
1986	1.268
1987	697
1988	1.986
1989	3.198
Total de muertos:	15.811 ⁵⁹²

Un año funesto, muy desgraciado en la memoria de los peruanos lo representa 1983; en él, paralelamente a la declaración de los estados de emergencia, haría su presencia el vergonzante fenómeno de la desaparición forzada de personas, mal que en los años 1988 y 1989 llegaría a su máximo nivel, situándolo al país en el primero de todos por tener la mayor cantidad de personas en paradero desconocido o muertas sin que se sepa dónde están los cuerpos.

Las cifras de desaparecidos se desglosan de la siguiente manera:

1983	696
1984	574
1985	253
1986	214
1987	69
1988	293
1989	306 ⁵⁹³

⁵⁹² Ídem.

⁵⁹³ *Ibíd.*, p. 26.

Contrastando el trabajo de esta comisión, veamos el presentado por Amnistía Internacional en un informe de abril de 1990, que muestra unas cantidades algo superiores de personas desaparecidas: más de 3.000 desde 1983 y 359 durante 1989⁵⁹⁴.

2.4 El terrorismo de Sendero Luminoso y cifra alarmante de estados de emergencia

Los ideólogos y estrategas senderistas, convencidos de que el decenio de los 80 era el momento propicio para llevar a cabo su revolución armada⁵⁹⁵, la empezaron a hacer caminar con un sangriento ataque en Ayacucho, uno de los departamentos más pauperizados de la nación. De ese modo se cumplía la advertencia que pretéritamente formulara Mercado Jarrín: «[...] las guerrillas resurgirán, eventualmente, a no ser que se adopten las medidas indispensables para acelerar las reformas iniciadas»⁵⁹⁶ con el presidente de facto Velasco Alvarado. En realidad, el Perú se presentaba por ese tiempo como un Estado débil, exangüe, inoperante. Con claridad aplastante nos señalaba un informe de 1990 de Americas Watch: «Los problemas que enfrenta el Perú forman una cadena de dificultades económicas, políticas y sociales. Una inmensa deuda externa y una disminución de la producción desde mediados de 1987, una inflación que ha superado el 2.700% en 1989, con el resultante colapso de ingresos reales [...] Hasta setiembre de 1989, una canasta familiar básica costaba 14 veces el salario mínimo. Cuatro de cada cinco casas no tiene agua, desagüe o electricidad. Las expectativas de vida en las zonas de bajos ingresos son de menos de 50 años; en el país, uno de cada ocho niños muere antes de un año, y en el altiplano andino, esta cifra casi se triplica»⁵⁹⁷. A lo expresado ahí, y para entender el verdadero drama de la población, amplía: «La desesperación económica de los pobres, intensificada durante los años 80 por programas de austeridad e inflación descontrolada, ha llevado al desarrollo de una economía informal, que en 1986 era el 38.9% del Producto Bruto Interno. La misma combinación de factores ha contribuido a un notable aumento de la delincuencia. El fracaso del Estado para resolver la crisis económica, enfrentar eficazmente la delincuencia –o erradicar la corrupción gubernamental– contribuye aún más a un debilitamiento del respeto por el Estado de derecho»⁵⁹⁸.

594 *Ibíd.*, p. 27.

595 Acerca de lo que supone la revolución y la violencia en general, vid. N. Bobbio, *Teoría general de la política*, trad. de A. de Cabo y G. Pisarello, 3ª ed., Trotta, Madrid, 2009, pp. 617-641.

596 E. Mercado Jarrín, *La política y la estrategia militar en la guerra contrasubversiva en América Latina*, 2ª ed., [s. n.], Lima, 1973, p. 113. Las guerrillas surgieron por vez primera a mediados de los 60. Las operaciones que llevaron a cabo fueron varias, más nunca llegaron a constituir una amenaza militar seria para el gobierno de Belaúnde Terry.

597 Americas Watch, *op. cit.*, p. 12.

598 *Ibíd.*, p. 13.

Fue en ese contexto que los miembros mesiánicos del Partido Comunista del Perú – Sendero Luminoso– quisieron implantar su sistema político totalitario.

En 1989, el número de combatientes fue calculado oficialmente en alrededor de 3.000 hombres y mujeres –las cifras extraoficiales eran de casi el doble–, teniendo mayormente entre sus filas personas de muy corta edad y jóvenes, los que mostraban mayor ardor en la lucha⁵⁹⁹.

Sendero Luminoso publicitaba su estrategia maoísta general: una expansión paulatina del control desde la sierra sur-central, donde primero se estableció, hacia los departamentos del norte y del centro, para posteriormente rodear Lima a fin de estrangular las líneas de abastecimiento y comunicaciones de la capital. La insurgencia usaba el terror para establecer y mantener el control⁶⁰⁰ y atacó a personas y propiedad pública con el objeto de destruir el ya frágil Estado peruano.

Durante 1989, de acuerdo a organizaciones peruanas de derechos humanos, Sendero fue responsable de 1.400 muertes, de las cuales el 80% fueron ejecutadas a sangre fría. Fuentes oficiales demuestran que el daño económico que provocó Sendero durante la década de los 80 fue casi equivalente a la deuda externa. Toda esa barbarie perpetrada por los seguidores fanáticos de su dios Abimael Guzmán⁶⁰¹ colocó al Estado peruano en tal situación que llegó un momento en que se puso en tela de juicio su capacidad de reacción para hacer frente con eficacia al fenómeno de la subversión senderista.

«Entre diciembre de 1981 y mayo de 1985, el presidente Belaúnde decretó 24 estados de

599 «Pisarev, teórico del nihilismo ruso, observa que los mayores fanáticos son los niños y los jóvenes» (A. Camus, op. cit., p. 178).

600 ¿Cómo entender cabalmente el psiquismo de un terrorista? ¿Cuál es la radiografía perfecta de su personalidad? Son preguntas con respuestas distintas. Sin embargo, Camus nos proporciona una valiosa aportación, recordándonos: «Pisarev preguntaba, sin bromea, si se puede matar a la propia madre, y contesta: “¿Y por qué no, si lo deseo y si me parece útil?”» (ibíd., p. 184).

601 No sólo Marx, Mao Tse-Tung sino también personalidades como Necháiev alimentaron el pensamiento de Abimael Guzmán, y para ejecutar sus planes siniestros no dudó en hacer tangible entre sus camaradas lo que Camus afirma de Necháiev: «No sólo disertó sobre la destrucción universal; su originalidad consistió en reivindicar fríamente, para aquellos que se daban a la revolución, el “todo está permitido”, y permitírselo todo en efecto. “El revolucionario es un hombre condenado de antemano. No debe tener ni relaciones pasionales, ni cosas o seres amados. Debería despojarse hasta de su nombre. Todo en él ha de concentrarse en una sola pasión: la revolución”» (ibíd., p. 191). «Pero Necháiev va más allá de militarizar la revolución a partir del momento en que admite que los jefes, para dirigir a los subordinados, tienen derecho a usar la violencia y la mentira» (ibíd., p. 193).

emergencia que afectaron parte o todo Ayacucho, 15 afectaron parte o todo Apurímac, 12 afectaron todo o parte de Huancavelica y siete a todo el país. La capital y las provincias dentro de algunos otros departamentos, también fueron puestas bajo el estado de emergencia, brevemente o por todo el período permitido por la ley»⁶⁰². A fines de 1988, los peruanos, gobernados por Alan García –que combatió el terrorismo sin éxito– vivían bajo estado de emergencia en ocho departamentos y en parte de un noveno.

El fracaso de la política antiterrorista se hizo sentir también de un modo muy sensible en otro de los tres poderes del Estado: en las zonas administradas con estados de emergencia, el poder judicial hizo retirar jueces y el Ministerio Público fiscales por carecer de seguridad; así, el programa de Sendero se iba consumando, creando un vacío de autoridad que los insurgentes trataban de llenar.

2.5 Un débil Poder Judicial y la impunidad militar en años difíciles

De los tres grandes poderes del Estado, en los años complicados en los que asoló el terrorismo, el Poder Judicial fue el que más se resintió por los embates de la subversión. Si es verdad que éste casi nunca ha gozado de excelente reputación entre la ciudadanía peruana⁶⁰³, desde los años 80 hasta terminado el siglo su imagen experimentó un franco deterioro y su debilidad fue muy manifiesta.

A efectos de conocer esos años tan difíciles, creo que es esclarecedor el informe que nos brinda *Perú y Chile: poder judicial y derechos humanos* en lo atinente a este punto: «El Ministerio Público, recibiendo miles de denuncias sólo dio trámite regular a algunas de ellas, las que en su mayor parte fueron ulteriormente derivadas por la Corte Suprema al Fuero Militar, donde las garantías de investigación imparcial y sanción a los responsables castrenses siempre resultó hartamente cuestionable. Esto da indicio al tímido papel que le cupo en términos generales, al Poder Judicial para enfrentar la situación descrita [...]»⁶⁰⁴.

602 Americas Watch, op. cit., p. 15.

603 El escritor limeño González Prada, con una visión que quizá podría ser calificada por connacionales suyos de pesimista, nos describía ya a inicios del siglo pasado: «Desde el Parlamento a los Tribunales de Justicia, todos se hallan contaminados por la epidemia del envilecimiento. ¿Dónde encontraríamos una inyección maravillosa, un suero regenerador, para ennoblecer estas almas y enderezar estos espinazos?». M. González Prada, *Bajo el oprobio (La dictadura militar de 1914-15)*, Lima S.A., Lima, 1979, p. 69. Ampliando su crítica al Poder Judicial, ver también su obra *Horas de lucha*, 3ª ed., Universo, Lima, 1977, pp. 105-113.

604 Comisión Andina de Juristas, *Perú y Chile: poder judicial y derechos humanos*, op. cit., p. 32.

Sin embargo, mal haríamos y seríamos injustos en no rescatar de todo ello aquellas acciones de verdadero esfuerzo que también se hicieron, con el sincero propósito de superar la lentitud⁶⁰⁵ y la lacra de la corrupción en el seno de la administración de justicia, investigando y aplicándose sanciones ejemplificadoras contra asistentes, secretarios, jueces, cuya acción contraviniera lo prescrito por la norma correspondiente.

A la deficiente situación presentada se le pueden encontrar diversas causas, pero hubo dos de influencia indudablemente negativa, «el desfinanciamiento crónico del sistema judicial y la incapacidad de los tribunales de poder manejar la enorme cantidad de casos»⁶⁰⁶.

En la guerra entre el Estado y los grupos subversivos armados, los miembros de las Fuerzas Armadas y policiales se constituyeron en principales actores para poner coto a la confrontación fratricida, incurriendo éstos en repetidos casos de abusos (que comprendían la tortura y malos tratos de detenidos y las desapariciones). Estos hechos delictivos empezaban a ser investigados por el Ministerio Público y juzgados mas, en las denuncias de desaparición, los tribunales quedaban «paralizados por una combinación de negaciones militares sobre detenciones y la falta de voluntad del gobierno de vigilar y controlar las acciones castrenses en las zonas de emergencia. Un efecto de esta situación [era] que, ya que los tribunales no [podían] garantizar protección, [...] los testigos en casos de desaparición no se atrev[ían] a presentarse»⁶⁰⁷.

Paralelamente, los magistrados militares no pocas veces absolvían a efectivos de las Fuerzas Armadas y policiales implicados en las violaciones de derechos humanos, importándoles nada el trabajo de investigación por parte de civiles. «A medida que el gobierno se resignó y toleró la violencia de los militares, los representantes del partido de gobierno en el Congreso ignoraron o activamente impidieron la investigación de acusaciones serias, como la de la masacre de Cayara, Ayacucho, en mayo de 1988»⁶⁰⁸.

605 «Es incuestionable que la Justicia Lenta en exceso nunca llegará a ser verdadera Justicia. Aunque el pronunciamiento y su motivación resulten, a la postre, impecables, una resolución injustificadamente tardía no restaura adecuadamente el orden jurídico perturbado, en muchos casos ha devenido ya por completo ineficaz y, lo que es aún peor, el cúmulo de resoluciones tardías que componen la imagen de una “justicia lenta”, es referencia nociva y generadora de la desconfianza del ciudadano para con el sistema judicial en su conjunto» (J. M. Maza Martín, «La crisis de la Justicia y la independencia judicial», en *Tapia* n°104, Madrid (1999), p. 70).

606 Americas Watch, op. cit., pp. 15-16.

607 *Ibíd.*, p. 36.

608 *Ibíd.*, pp. 18-19.

Amplios segmentos de la opinión pública peruana catalogaron como un auténtico retroceso del poder civil frente al militar la medida propuesta por Alan García Pérez en julio de 1989 de transferir los juicios de terrorismo al fuero privativo militar, habida cuenta que «no ha habido evidencia que los tribunales militares en el Perú estén mejor equipados que los tribunales ordinarios para investigar y procesar al terrorismo. Todo lo contrario, los tribunales militares han fracasado estrepitosamente en llevar a cabo el mandato constitucional que han recibido –el de procesar delitos cometidos por personal militar en servicio activo– y los retrasos en sus procedimientos son iguales a los de los tribunales civiles»⁶⁰⁹.

Los militares peruanos actuaron en este decenio del 80 en medio de un reino de impunidad, las autoridades civiles gubernamentales renunciaron a gran parte de su poder dejándoles la libre acción casi sin control en las zonas de emergencia. Los militares seguían convencidos de que su misión sacrosanta era acabar con el terrorismo, interesándoles poco los medios a utilizarse. Recordaban que la doctrina de seguridad nacional tradicional, desarrollada entre los años cincuenta y sesenta, preveía dos misiones fundamentales para las Fuerzas Armadas: «la primera, la defensa de la integridad territorial frente a los enemigos externos –manejándose como hipótesis de guerra enfrentamientos con Chile y Ecuador–; y la segunda, contribuir en el desarrollo y modernización del país como la mejor manera de prevenir el surgimiento de la subversión comunista»⁶¹⁰.

a) *Artaza: tribunal civil*

Fue en el último mes de 1989 cuando se rompió la rutina judicial, produciéndose un caso ciertamente insólito en su actividad cotidiana de impartir justicia en el tema de los derechos humanos: el Poder Judicial declaraba oficialmente fallecido al Capitán de Fragata de la Marina Álvaro Artaza, ex jefe de la base naval de Huanta, quien había sido acusado de participar en la matanza de 49 campesinos, hallados enterrados en fosas comunes en Pucayacu bajo la legislatura de Belaúnde. Asimismo, fue comprendido en el proceso por la muerte de media docena de pastores evangélicos y en la desaparición de Jaime Ayala Sulca, periodista que en agosto de 1984 se acercó a la base de Huanta con la intención de formular queja por haber sido objeto de abuso policial, para no saberse después de su paradero. «La Corte Suprema le concedió jurisdicción a los tribunales militares en los casos de Pucayacu y Callqui (ministros evangélicos), pero en el

⁶⁰⁹ *Ibíd.*, p. 34.

⁶¹⁰ R. Chiri Márquez, *op. cit.*, p. 248.

caso de Ayala la jurisdicción le fue dada a los tribunales civiles. En abril de 1985, sólo días después del fallo de jurisdicción en el caso de Ayala, Artaza súbitamente desapareció»⁶¹¹. La pertinaz posición de las Fuerzas Armadas en dar por muerto al oficial marino, más que ponerla en tela de juicio, los medios de comunicación y un sector importante de la opinión pública la rechazaban como falsa, orquestada: las evidencias no favorecían a los militares, renuentes a cualquier investigación.

Simultáneamente a la desaparición de Artaza, una solicitud legal fue presentada en su favor pidiendo que la justicia civil se inhibiera de conocer el caso para pasar al fuero privativo militar, la cual fue rechazada. Con su muerte oficial, el caso quedó paralizado.

Sobre este asunto, se señalaba entonces: «Artaza habría tenido razón en preferir juicio en un tribunal militar. Hasta la fecha, estos tribunales no han encontrado culpable a ni un solo militar de abusos serios de los derechos humanos bajo el estado de emergencia. La falencia de los tribunales militares en procesar violaciones de los derechos humanos perpetrados por personal de las Fuerzas Armadas es tan consistente que debe reconocerse como una política de impunidad y, como tal, un fuerte factor que contribuye a la continuación de los abusos»⁶¹².

Un hecho de irrefutable convencimiento de que la Justicia Militar ya no sólo actuaba con lenidad, sino también practicando la impunidad más absoluta, lo constituye el juicio Artaza: en 1987, el Consejo Supremo de Justicia Militar declaró sobreseído el caso de la masacre de Pucayacu al no encontrar responsabilidad en el citado oficial, pese a los múltiples testimonios de los familiares de las víctimas.

b) *Lurigancho: tribunal militar.*

Demostrando una gran sincronización, los miembros del movimiento Sendero Luminoso efectuaron un motín el 18 de junio de 1986 en los tres centros carcelarios de Lima y Callao. Aducían como razones de su acción las pésimas condiciones carcelarias y la política gubernamental en su contra.

El presidente García Pérez, ignorando en buena medida a la Guardia Republicana (única

611 Americas Watch, op. cit., p. 38.

612 Ibid., p. 39.

fuerza policial preparada para poner remedio a ese acontecimiento, y no otro cuerpo armado), recurrió a la infeliz solución de poner en manos del ejército la normalización de las cárceles. El levantamiento de los reclusos era de poca envergadura, necesitándose una fórmula de carácter policial y no bélico: de manera pues que los explosivos plásticos, los cañones de 81,8 mm, los cohetes antitanques, las ametralladoras utilizados constituían una fuerza desproporcionada que sobraba aquella vez. «Terminado el operativo militar doscientos cuarentaiséis internos habían muerto. Murieron ciento dieciocho de los aproximadamente ciento cincuentidós internos del pabellón azul de la isla penal El Frontón, ciento veinticuatro internos del pabellón industrial del Penal de San Pedro-Lurigancho y dos internas del penal de mujeres de Santa Bárbara»⁶¹³. Luego se llegaría a constatar que las ejecuciones extrajudiciales desgraciadamente no estuvieron ausentes: fueron cerca de las cien.

Con el fin de depurar responsabilidades de semejante masacre carcelaria, se abrieron las investigaciones, lo que derivaría, por ejemplo, en el juicio de El Frontón, el cual «fue escuchado en una audiencia secreta ante el abogado-juez de la Armada y nunca se entregó a la publicidad»⁶¹⁴.

Por otra parte, el caso Lurigancho, después de sufrir fuertes presiones por altos oficiales de las Fuerzas Armadas, tuvo su final a mediados de 1990; entre otras cosas, se pudo determinar en el mismo que más de 120 presos fueron muertos, no respetándose despiadadamente la rendición previa de la mayoría de ellos. Cuando un juez de juzgado de instrucción penal civil inculpó de asesinato al General Del Ejército Jorge Rabanal por haber sido el máximo responsable en las operaciones de sofocamiento del motín, la reacción se produjo *ipso facto*, exigiendo al unísono los militares que el juicio pasara al fuero castrense. La Corte Suprema del Poder Judicial fallaría a la hora de determinar la correspondiente jurisdicción a favor de la justicia militar. «El caso pasó a los tribunales en agosto de 1989 y el 11 de diciembre el tribunal condenó sólo a dos de los 78 acusados, exonerando a todo el resto por falta de evidencia. Entre los dos condenados, sin embargo, no se incluyó ni al General Rabanal ni al General Martín Lira, las más altas autoridades en el lugar de la masacre. El Coronel Cabezas, de la Guardia Republicana, fue sentenciado a 15 años de prisión y un Teniente de la misma institución recibió una sentencia de

613 J. Power Manchego-Muñoz, op. cit., pp. 255-256.

614 Americas Watch, op. cit., p. 39.

siete años»⁶¹⁵. Sólo se condenó (como resultaba más sencillo) a miembros de la Guardia Republicana, entendida desde siempre como la institución policial cenicienta y encargada de hacer las labores menos apetecidas por sus pares.

La ciudadanía toda le reconoce inmensos méritos en la lucha contra la impunidad militar a quien fuera el primer Defensor del Pueblo del Perú, Jorge Santistevan de Noriega, que apenas en los dos primeros años de su desempeño (1998) ya había recibido 24.758 denuncias de abusos; la mayoría se referían a actos de militares o policías. Su labor era vista con desconfianza por los uniformados: «La situación se agravó cuando Santistevan encargó un informe sobre todo el sistema militar de justicia, con el objetivo de hacerlo coincidir “con la Constitución y el imperio de la ley”. El informe recomendó la subordinación de los tribunales militares a la corte suprema, “para salvaguardar [...] el principio del proceso debido y el derecho de ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial”»⁶¹⁶.

2.6 Exorbitancia en la declaración de los estados de emergencia y serias anomalías en el orden constitucional por Fujimori

Fujimori hizo suya la victoria de una muy reñida lid electoral en 1990, ganándose el apoyo mayoritario de los votantes peruanos con el atractivo eslogan «honradez, tecnología y trabajo»⁶¹⁷. Los males que aquejaban a la vida nacional eran múltiples, destacando como especialmente grave el problema del terrorismo, que había constituído en casi imparable: las espitas de la violencia se habían abierto peligrosamente, poniendo en gran riesgo la seguridad del Estado y de su sufrida población.

El nuevo mandatario –siguiendo lo que era una constante en la actuación de sus homólogos predecesores, pero superándolos en el cuánto– hizo recurso a fines de julio de 1990, en la solución de tal situación, de los estados de excepción, cuyo uso era franqueado por el art. 231 de la Constitución de 1979. Aseveraríamos que, de esa forma, Fujimori iniciaba lo que muy pronto pasaría a ser el gobierno civil que incurriría como ningún otro en el empleo notable y exagerado de los estados de emergencia, recortando de manera envilecida los derechos

615 *Ibíd.*, p. 40.

616 «El acosado defensor del pueblo peruano», en *Informe Latinoamericano* (27 de octubre de 1998), p. 437.

617 C. Arias Quincot, «Orígenes, desarrollo y caída del fujimorato», en *Las tareas de la transición democrática*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 2001, p. 17.

fundamentales.

A mediados de 1991, a solicitud del presidente de la República Fujimori, el Poder Legislativo le otorgó facultades extraordinarias para expedir en el plazo de 150 días decretos legislativos a efectos de la consecución de la «pacificación nacional».

El 12 del penúltimo mes de 1991, a través del Dleg 738, Fujimori les proporcionó a las Fuerzas Armadas⁶¹⁸ el asidero legal que les daba luz verde para, en caso de «conmoción interna o peligro inminente» (art. 2), intervenir en las zonas que no se hallaran bajo un estado de excepción⁶¹⁹.

El primer poder del Estado, después de ése y reiterados excesos del Jefe del Ejecutivo, procedió en febrero de 1992 a expedir una «Ley de Control Parlamentario», la cual obligaba a éste a expedir decretos supremos especificando el estado de excepción, su aplicación temporal y territorial como los derechos fundamentales suspendidos y las competencias de las Fuerzas Armadas en el territorio bajo el estado de excepción (art. 22 s.). La prórroga dependía de la aprobación del Congreso (art. 26). El desenlace de esa confrontación entre el legislativo y el ejecutivo es harto conocido. Fujimori, cual gobernante despótico, resolvería este *impasse* con el Congreso disolviendo las dos cámaras parlamentarias y arrogándose sus competencias legislativas en abril de 1992.

La megalomanía de Fujimori lo condujo a declarar y a tener bajo el estado de emergencia, en ese mismo mes, todo el territorio de la nación, desatándose una represión cuyos precedentes resultan difíciles de encontrar.

618 Y parece ser que aconsejado por su inseparable asesor Vladimiro Montesinos; de ambos diría el periodista César Hildebrandt: «Fujimori y Montesinos fueron la uña y la carne de una asociación que Borges habría atribuido a compadritos y hubiese puesto en una esquina maleva. Montesinos limpió prontuarios fiscales, oscuros expedientes penales y civiles, hizo legítimo lo tenebroso y fue el nexo con los militares [...]». F. Loayza Galván, *El rostro oscuro del poder*, Referéndum-Tomo I, Lima, 1998, prólogo.

619 Dicha medida ha sido calificada como parte de los primeros síntomas de que el autogolpe de Fujimori de 1992 se estaba cocinando (es bueno advertir que, apenas iniciada su legislatura presidencial, éste había desplegado un proceso de desestabilización de las instituciones y el Estado de derecho, valiéndose de un virulento discurso anti-sistema contra el «parlamento paquidérmico» o el «palacio de la injusticia»). En la perpetración de este autogolpe «era necesario controlar las FFAA [Fuerzas Armadas]; para ello se captó a los mandos claves, pues dada la verticalidad de la disciplina militar, controlando a las cúpulas fue posible utilizar a las instituciones para propósitos nada nobles como quebrantar la democracia y el Estado de derecho, imponiendo un modelo basado en la corrupción, la manipulación y el miedo» (ibíd., p. 20).

Las duras críticas de los representantes de las distintas instituciones obligaron al presidente en noviembre de 1994 a levantar el estado de emergencia en media docena de provincias. Mas, en las postrimerías de 1995, el 44% de los 23 millones de habitantes vivía bajo el estado de excepción –de los cuales la tercera parte habitaba en Lima–, lo que supone el 22% de todo el territorio del Estado.

La suspensión continua de derechos fundamentales y libertades públicas fue acompañada por serias anomalías en el constitucionalismo peruano. Después de disolver el Congreso –como ya hemos señalado antes–, Fujimori dismanteló el Poder Judicial, el Tribunal de Garantías Constitucionales, el Consejo Nacional de la Magistratura, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República. «Dejó en suspenso, además, los artículos de la Constitución de 1979 incompatibles con los fines del “Gobierno de Emergencia y de Reconstrucción Nacional”»⁶²⁰.

De un buen tiempo a esta parte, la implantación de regímenes golpistas en los países americanos produce consecuencias determinantes en las relaciones diplomáticas entre ellos, siendo asimismo objeto de un cada vez más creciente juzgamiento por parte de la opinión pública internacional, decidida a fiscalizar, vigilar el imperio de la ley y el cumplimiento de los derechos humanos. Por ello, Panamá y Venezuela optaron por suspender relaciones diplomáticas con el Perú, el gobierno de Argentina retiró a su embajador y la OEA censuró la ruptura del sistema democrático.

Se creyó que tal respuesta internacional corregiría la situación de inconstitucionalidad, pero Fujimori, con suma astucia, acordó con la OEA seguir en el poder a cambio de un ambiguo compromiso de rectificar las actitudes antidemocráticas⁶²¹.

Fujimori convocó a elecciones para constituir una Asamblea Constituyente, consiguiendo su Cambio 90-Nueva Mayoría un respaldo mayoritario con 44 congresistas elegidos, seguida por

620 E. Bernalles Ballesteros, «Aspectos constitucionales de la transición democrática», en *Las tareas de la transición democrática*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 2001, p. 41.

621 El régimen se esforzó por revestirse de sólo una aparente legitimidad democrática a través de un programa de «retorno a la institucionalidad», satisfaciendo a la OEA: el hecho real fue la aprobación de un régimen golpista. De esta forma, la OEA claudicaba a sus principios, sacrificando aportaciones tan revolucionarias en el derecho internacional como las dadas por los políticos andinos Tobar (se le debe la *doctrina Tobar*, que subordina el reconocimiento internacional de un gobierno insurreccional o golpista a su legitimación constitucional) y Betancourt (quien proponía que el Consejo de la OEA no admitiera las credenciales de representantes de gobiernos que surgieran de un acto de fuerza). R. Borja, op. cit., pp. 162-163.

el Partido Popular Cristiano con 8, FIM con 7, Renovación con 6, MDI con 4, Coordinadora Democrática con 4...

No pudo principiar peor sus funciones el nuevo Congreso Constituyente Democrático que legitimando el golpe del 5 de abril y el gobierno espurio surgido del mismo. Esos representantes, valiéndose de una cuestionada «ley constitucional» de enero de 1993, declararon en vigor parcial la Constitución de 1979, manteniendo incólumes los decretos leyes expedidos por el gobierno de facto y reconociendo que el dictador era el Jefe Constitucional del Estado y que personificaba a la Nación, incluyéndose esto en la nueva Constitución⁶²².

Creemos que esta fase constituyente merece una reflexión; Domingo García Belaúnde acierta cuando sostiene que «el oficialismo [refiriéndose a Cambio 90-Nueva Mayoría en 1992] no tenía la menor idea de lo que era una Constitución, e ignoraba por completo las corrientes modernas del constitucionalismo»⁶²³. El debate constitucional de 1992 se caracterizó por ser insustancial, superficial, apreciándose en sus contenidos un evidente confucionismo y palmarias consignas del Jefe del Ejecutivo; fue excluyente con los sectores minoritarios, parecía que las discusiones en las que se enzarzaban los constituyentes vivían de espaldas a las necesidades del Estado.

«En lo que se refiere a su contenido, la primera cuestión que aparece en la crítica del texto es el dispar y confuso tratamiento de los conceptos. Carece de coherencia unitaria y parece querer desprenderse doctrinariamente de la Constitución anterior. Estos vicios son concebibles en un texto cuyo origen y finalidades estuvieron signadas por una coyuntura. No fue una Carta elaborada para organizar un Estado y darle solidez al esquema de los derechos fundamentales; fue creada para inducir una estructura de poder y luego preservarla»⁶²⁴. Qué duda cabe, la Constitución fujimorista de 1993 fue elaborada y aprobada con el objeto de legitimar el golpe de Estado del 5 de abril de 1992, creando de esta forma los pilares de un régimen eminentemente dictatorial.

622 «Art. 110: El Presidente de la República es el Jefe del Estado y personifica a la Nación [...]».

623 D. García Belaunde, «La reforma del Estado en el Perú», en *La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios*, t. III, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1996, p. 29.

624 E. Bernal Ballesteros, op. cit., p. 44.

Resultados generales del referéndum de 1994 para aprobar la nueva Constitución⁶²⁵

Voto	Nº de votos	%voto	%votantes	%electores
A favor del Sí	3.878,964	52,24%	47,55%	33,98%
A favor del No	3.545,699	47,76%	43,46%	31,06%
Votos nulos	518,274	6,35%	4,54%	
Votos blancos	215,631	2,64%	1,88%	
Votantes	8.158,550	100%	71,47%	
Ausentismo	3.256,029	28,52%		
Electores	11.414,579	100%		

Las cifras arrojadas por el referéndum nos indican que el nacimiento de la nueva Carta Magna no se recibía aprobatoriamente por la mayoría ciudadana. Se puede estimar en un 47,55% el apoyo otorgado al referido texto. Los votantes que lo rechazaron constituyeron la mayoría, extrayéndose de la suma final, como conclusión, que el 52,45% no le dio el Sí a la Carta de 1993.

En síntesis, faltó el consentimiento aglutinador que requiere una Constitución. Francisco Fernández Segado sostenía que esta Constitución había operado «como elemento centrífugo, de desunión social, ya que ha dividido casi por la mitad al electorado, algo que, por sí mismo, es posiblemente la peor carta de presentación que puede esgrimir una Asamblea Constituyente en favor de su obra, lo que lógicamente tampoco debe extrañar sobremanera si se advierten los condicionamientos de todo tipo que rigieron la elección del Congreso Constituyente y la propia peculiaridad del proceso de elaboración de la Norma suprema»⁶²⁶.

Gracias a sus éxitos en el campo económico y en la lucha antiterrorista, Fujimori obtuvo un segundo mandato tras las elecciones de 1995.

Apenas transcurridos unos meses, el dictador hizo tabla rasa de su Constitución de 1993 con el objeto de postularse a una segunda reelección, instrumentalizando al Parlamento (reducido

625 Los datos están recogidos de la Separata Especial de El Peruano (26 de agosto de 1994), p. 2.

626 F. Fernández Segado, «El nuevo ordenamiento constitucional del Perú. Aproximación a la Constitución de 1993», en *La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1994, p. 13.

a una sola Cámara, después de haberse suprimido el Senado⁶²⁷) quien, a petición del interesado, dio la «Ley de Interpretación Auténtica», que entendía que la elección de 1990 quedaba excluida como sumando al haberse efectuado bajo la vigencia de otra Constitución. De ese modo, Fujimori tuvo expedito el camino a efectos de competir en una tercera lid electoral en el 2000⁶²⁸.

Contra la deleznable norma, el Colegio de Abogados de Lima interpuso acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, que la declaró inaplicable para el caso concreto del Jefe del Ejecutivo que se hallaba en ejercicio. «Evidentemente, lo que estaba haciendo el Tribunal era preferir la Constitución a normas de menor jerarquía. La reacción de la opinión pública fue de respaldo a la decisión; la del gobierno no. [...] El Congreso de la República, en una actitud que sólo merece condena, inició un proceso de acusación en contra de los cuatro magistrados del Tribunal. Este concluyó, como era de esperarse, con la destitución de tres magistrados. Es decir, la venganza política ordenada por el gobierno a la mayoría oficialista se había consumado»⁶²⁹.

La conculcación permanente de la Constitución, el franco deterioro de las condiciones económicas de la población, la constante declaración de estados de excepción, llevó a tal hartazgo a los peruanos que la expresión de su descontento no cejaba en crecer; ante el temor de ser denunciado penalmente por los repetidos actos de corrupción de su gobierno y alegando falta explícita de garantías para su integridad física, Fujimori presentó desde Tokyo su renuncia, rechazándosela el Congreso, que declaró en vacancia la Primera Magistratura del Estado: así se corregían diez años de gobierno siniestro. El dictador no pudo acabar con su tercera legislatura, la que empezó a correr el 28 de julio de 2000⁶³⁰.

627 «En nombre de la “eficacia”, los oficialistas de entonces plantearon la eliminación del Senado, pero con la tesis fujimorista, en esencia, de castigar a ese cuerpo, porque concentraba los altos cargos de la “partidocracia”. Como se sabe, la eficacia, elevada a nivel de “principio político” y el pragmatismo, fueron dos argumentos invocados por el régimen fujimorista para intervenir instituciones y favorecer la concentración autoritaria del poder». E. Bernal Ballesteros, «Aspectos constitucionales de la transición democrática», op. cit., p. 45.

628 En aquel momento, rezaba la Constitución de 1993: «Art. 112: El mandato presidencial es de cinco años. El Presidente puede ser reelegido de inmediato para un período adicional. Transcurrido otro período constitucional, como mínimo, el ex presidente puede volver a postular, sujeto a las mismas condiciones». Pero en la reforma de 2000, dicha disposición numerada quedó así: «Art. 112: El mandato presidencial es de cinco años, no hay reelección inmediata. Transcurrido otro período constitucional, como mínimo, el ex presidente puede volver a postular, sujeto a las mismas condiciones».

629 E. Bernal Ballesteros, *La Constitución de 1993. Análisis comparado*, op. cit., p. 32. Vid. también M. Aguirre Roca, «Nacimiento, vía crucis y muerte del Tribunal Constitucional del Perú», en *Derechos fundamentales e interpretación constitucional*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1997, pp. 115-145.

630 Y también con ese final, terminaba el derramamiento de sangre cainita que, bajo la terrible excusa de combatir el terrorismo, regó el Perú de víctimas provocadas por los bandos enfrentados durante las décadas 1980-2000. La

A mi ver, en el Perú actual, el Estado de Derecho va robusteciendo su salud paulatinamente con el funcionamiento independiente del Poder Judicial que, contrastando con la inmensa mayoría de sus pares existentes en otros Estados monárquicos o republicanos, viene juzgando ni más ni menos que a un primer mandatario como Fujimori, que ya ha sufrido varias sentencias.

El 11 de diciembre de 2007, en Lima, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema condenó en primera instancia a Alberto Fujimori Fujimori a seis años de pena privativa de la libertad y dos años adicionales por el delito de usurpación de funciones y abuso de autoridad por haber participado en calidad de inductor en el allanamiento de la residencia de Trinidad Becerra. El 8 de abril de 2009, la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema confirmó la sentencia.

El 7 de abril de 2009, La Sala Penal Especial de la Corte Suprema lo condenó a veinticinco años de pena privativa de la libertad como autor mediano de la comisión de los delitos de homicidio calificado, asesinato bajo la circunstancia agravante de alevosía en agravio de los estudiantes de la Universidad La Cantuta y el caso Barrios Altos (asesinato de 15 personas, incluyendo un niño de ocho años). Asimismo, el Tribunal lo halló culpable por secuestro agravado, bajo la circunstancia agravante de trato cruel, del periodista Gustavo Gorriti y el empresario Samuel Dyer. El 2 de enero de 2010, fue confirmada la sentencia a 25 años de prisión por violaciones de los derechos humanos.

El 20 de julio de 2009, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema del Perú condenó a Fujimori a otros siete años y medio de cárcel al ser encontrado culpable de peculado doloso, apropiación de fondos y falsedad ideológica en agravio del Estado por pagarle 15 millones de dólares a Vladimiro Montesinos en septiembre de 2000.

escena política y ciudadana se removió, el 28 de agosto del 2002, cuando la Comisión de la Verdad y la Reconciliación del Perú presentó su Informe Final al presidente Alejandro Toledo. Ella había sido encargada de explorar, a fondo y sin concesiones, lo que ocurrió en el Perú desde que, en mayo de 1980, el Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso anunciara el inicio de la lucha armada, y llegar hasta el año 2000, cuando la mafia fujimorista se desmoronó. 69.280 fueron los muertos y desaparecidos estimados en dicho Informe Final, de 9 tomos y 10.000 folios: verdadero testimonio de todo un arduo trabajo.

3. Los estados de excepción en la Constitución de 1993

El engranaje de esta Carta peruana –decimotercera– coadyuva a dibujarla distinta a la de 1979, elaborada y aprobada con ímprobos esfuerzos. Pero al hacer abordable el asunto del estado de excepción, no tardamos en descubrir que la primera no hace sino reiterar su tratamiento en diversos aspectos con respecto a la segunda.

Un alegato evidente de nuestra última afirmación lo representa su art. 137 (Título IV «De la estructura del Estado», Capítulo VII «Régimen de excepción»):

«El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar, por plazo determinado, en todo el territorio nacional, o en parte de él, y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, los estados de excepción que en este Artículo se contemplan:

1. Estado de emergencia, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. En esta eventualidad, puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del Artículo 2 y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo. En ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie. El plazo del estado de emergencia no excede de sesenta días. Su prórroga requiere nuevo decreto. En estado de emergencia las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno si así lo dispone el presidente de la República.

2. Estado de sitio, en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan, con mención de los derechos fundamentales cuyo ejercicio no se restringe o suspende. El plazo correspondiente no excede de cuarenta y cinco días. Al decretarse el estado de sitio, el Congreso se reúne de pleno derecho. La prórroga requiere aprobación del Congreso».

Comparando este texto entrecomillado con el del art. 231 de la Constitución de 1979, vemos a ambos muy análogos: hay líneas enteras del art. 137 de la Constitución en vigor que son

un auténtico calco de buena parte del art. 231 de la de 1979; incluso sus estructuras han sido redactadas con escasa disimulación en esto de no copiar: uno recurre a las letras a y b y el otro a los apartados 1 y 2 para aludir a iguales estados excepcionales. Pero no nos quedamos en esta simple observación, deseamos hacer ver lo que de verdad importa, el estado de excepción como un todo en la actual Constitución.

El transcrito art. 137 tiene el carácter *lex specialis* en relación con otros que desarrollan cuestiones también relacionadas con el derecho de excepción, con el estado de excepción en la Constitución de 1993; nuestra principal línea interpretativa se basa en la naturaleza verdaderamente excepcional de los institutos a partir del presupuesto habilitante que la Constitución describe: «graves circunstancias que afecten la vida de la Nación». Una razón importante para que este precepto tenga tal virtud es que se presenta bastante completo; es un precepto (contrastando, por ejemplo, del art. 116 de la Constitución española) al que no le falta un elemento tan fundamental para la aplicabilidad de cualquiera de estos dos estados excepcionales, como es el presupuesto del hecho habilitante, vale decir, la determinación de la situación de emergencia a la que, con cada uno de ellos, se pretendía hacer frente.

3.1 El estado de emergencia

Hay un vocablo clave, una acción *conditio sine qua non* para que este estado excepcional empiece a hacerse efectivo y aplicarse con todas las formalidades: «declaración». En el actual redactado de la Constitución de 1993, se dieron por buenos en el apartado 1 del art. 137 los criterios, reglas que se considerarán cuando se produzca la declaración del estado de emergencia: los supuestos, el procedimiento a cumplirse y la prórroga (en caso de necesidad), los efectos.

3.1.1 Supuestos en la declaración

Son abarcables al estado de emergencia situaciones claramente distinguibles por tener cada una figura propia: por un lado, las de índole política y/o social (trastorno de la paz, del orden interior); por otro, aquellas crisis derivadas de hechos naturales (catástrofes, circunstancias graves que afecten la supervivencia del Estado).

En este punto convendremos en que el constituyente de 1993, haciendo ningún esfuerzo, recoge *ad pedem litterae* lo prescrito por la Constitución de 1979: no diferencia para nada unas situaciones presentes que una buena parte de la doctrina y de las legislaciones de otras naciones las encuadraron dentro de dos estados excepcionales distintos, específicos e independientes. El primer caso, el de perturbación de la paz o del orden interno, constituiría el presupuesto del estado de excepción; el segundo, las situaciones de catástrofes o graves circunstancias que afecten a la vida de la Nación, serían el hecho habilitante del estado de alarma⁶³¹.

Consiguientemente, se recurrirá a la declaración de este estado de emergencia peruano cuando se experimenten graves y extraordinarias circunstancias: verbigracia, perturbación de la paz o del orden interno; catástrofes, vale decir, seísmos, inundaciones, grandes aludes o corrimientos de tierra; graves circunstancias perjudiciales para el Estado, o sea, epidemias o pandemias, accidentes producidos por la mano del hombre –que, entre otras consecuencias, podría estar la de colocar en terrible riesgo la ecología de un lugar– o desabastecimiento de productos catalogados como de primera necesidad para la población. Estas graves circunstancias que afecten a la Nación están referidas a un eventual daño, menoscabo material y no moral, lo que nos impele a interrogarnos: cuando se ataca la buena reputación de un Estado soberano e independiente seriamente, ¿será menester defenderla con un estado de excepción?

Los autores de la Constitución se inclinaron por incorporar, frente a las situaciones de emergencia precitadas, una respuesta hasta cierto punto general; deductivamente, entendemos que esta determinación pudo deberse a que muchos tratadistas admiten que no es factible comprender todos los supuestos: una crisis puede ser tan anormal, extraordinaria que a veces supera cualquier previsión, imaginación.

3.1.2 Procedimiento de la declaración y prórroga

Singularmente posee el Jefe del Ejecutivo la potestad de declarar el estado de emergencia; lo hará sólo el presidente de la República y siempre con el ineludible acuerdo del

631 Claro ejemplo de esto es, en España, la Ley Orgánica de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, que en el art. 4 detalla las causas que originan la declaración del estado de alarma y en el art. 13.1, las del estado de excepción. A esta forma de regulación, Venezuela le ha dado jerarquía constitucional, estableciéndose los supuestos que acabamos de aludir para la declaración del estado de alarma y la causa que le permite al Poder Ejecutivo decretar el estado de conmoción interior –denominado «estado de excepción» en la ley española– en los párrafos primero y tercero del art. 338, respectivamente.

Consejo de Ministros y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, ya sea en parte o en la totalidad del territorio del Estado. La declaración se dará a luz a través de un Decreto Supremo, conteniendo éste el espacio territorial y temporal y los efectos que acarree, cuando se decreta, el instituto excepcional.

La publicidad viene a ser otra formalidad a cumplirse: la ciudadanía toda puede conocer la entrada en vigencia de la medida luego de publicársela en el diario oficial *El Peruano*⁶³² y, adicionalmente, para hacer que la decisión gubernativa llegue a noticia de todos, la divulgación se hará efectiva con la participación de los medios de comunicación radiofónicos, televisivos y escritos públicos –principalmente– y privados. La publicidad está exigida por el texto constitucional⁶³³.

La entrada en vigencia de la declaración suscitó pareceres encontrados entre los que hacían lectura interpretativa del art. 3 del DLeg 217 (Ley Orgánica del Poder Ejecutivo); el mismo precisaba que rigen los DS a partir de la fecha que ellos determinen y, ante la omisión de la misma, desde el día que sigue a la publicación. Al quererse explicar el sentido de su letra «rigen desde el día que el propio decreto indique», se presentaron dos sectores de posiciones distintas⁶³⁴. Pero eso fue a un nivel más teórico, porque en la praxis, se operaba sin ninguna dificultad.

La nueva Ley Orgánica del Poder Ejecutivo N° 29158 de 2007, en su Capítulo II («La facultad normativa del Presidente de la República»), se vale del art. 11 y acaba con debates ulteriores, fijando con meridiana claridad: «Los decretos supremos entran en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, salvo disposición contraria del mismo, que postergue su vigencia en todo o en parte». Tal disposición legal concordaba de esta forma con el art. 109 y, de algún modo, también con el art. 204 de la Constitución⁶³⁵.

632 El diario oficial *El Peruano* es el periódico político más influyente del Perú; es, sin duda, el que más tiene que decir acerca del presente y el futuro de los peruanos. La publicación en este medio de comunicación escrito es, al fin y al cabo, el último y esencial requisito de cualquier norma jurídica para que pueda ser considerada como tal y obligue, en consecuencia, a todos los ciudadanos a su cumplimiento.

633 «Art. 51: La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado».

634 Vid. J. Power Manchego-Muñoz, op. cit., p. 171.

635 «Art. 109: La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte». El espíritu de la Carta, por tener preferencia en que sea el día siguiente de la publicación cuando debe empezar a surtir efecto una norma, se hace extensivo también a la administración de justicia: «Art. 204: La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el Diario Oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha

En una visión personal, manifestaríamos nuestro convencimiento de que ha sido un acierto la imposición de este último criterio. Nos inclinamos a favor de que los decretos supremos dados por el gobierno para declarar el estado de emergencia debieran siempre iniciar su vigencia en el día inmediato posterior de publicado en el Diario Oficial y no antes, pues aunque «un estado de excepción es la necesidad de desprenderse del corsé del Derecho en ciertos aspectos a la hora de posibilitar una respuesta flexible a la colectividad de los poderes públicos en situaciones realmente anormales»⁶³⁶, recurrir a la suspensión temporal del ordenamiento constitucional en principio previsto, interrumpiendo seriamente el ejercicio de un conjunto de derechos fundamentales, vitales en el sostenimiento del sistema democrático y su Estado de Derecho, es un paso tan delicado –y muchas veces ha sido hasta contraproducente– que hay que dar un tiempo razonable a la población afectada: el hecho de que un decreto supremo nunca entre en vigencia el mismo día de publicarse no paraliza para nada hacer las intervenciones pertinentes en la evitación o lucha contra una posible anormalidad. Ante un ataque bélico, accidente nuclear, evidentemente antes de la suspensión de derechos está la imperiosa necesidad de impedirlo o combatirlo, incluso con las armas y sin escandalizarnos por ello.

Surgida la alternativa de la prorrogación del estado de emergencia, la Carta Fundamental sólo dispone de un modo escueto «su prórroga requiere nuevo decreto», entendiéndose que la medida es única y exclusivamente competencia del presidente de la República, condicionándose la misma –para que tenga pleno valor– a que se decida con acuerdo del Consejo de Ministros. La continuación de este plazo renovado no excede de 60 días, es decir, será por un tiempo análogo al de la duración anterior. Creemos que, en la prosecución de este punto, cabe formular como interrogación si resulta procedente desde el ángulo constitucional prorrogar el estado de emergencia sucesiva e ilimitadamente. A este respecto, habría que recordar que la práctica muy usada de la prórroga la ha conducido a una completa desnaturalización: muchos gobernantes, extralimitándose en la capacidad de discrecionalidad, han abusado de su fuerza de precepto, yendo en abierta contradicción al espíritu de la Constitución. Si es certísimo que la prórroga es una figura legal, empero, más que doctrinaria, deductivamente, afirmaríamos que el empleo reiterado y descontrolado la pueden convertir en una herramienta hiriente, letal, en perjuicio de todo el ordenamiento constitucional: no se puede admitir que, bajo prórrogas constantes, un estado de emergencia sea indeterminado, manteniendo el Estado de Derecho, la democracia

norma queda sin efecto».

636 F. Fernández Segado, «La Ley Orgánica de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio», op. cit., p. 104.

«renqueantes», por hallarse en esos períodos restringido el ejercicio de las libertades públicas que constituye una garantía de la Constitución. Admitimos que, en consonancia con ella, da la impresión de estar permitido prorrogar indefinidamente el estado de emergencia, aunque esto, en el escenario de los hechos, sea infructuoso, ineficaz a la hora de querer recuperar la vigencia de la Constitución ordinaria, terminar con su suspensión temporal, que se ha visto demasiadamente tornarse en definitiva en distintas legislaturas gubernativas. Y creemos que se hace menester, por la salud de la democracia, del Estado de Derecho, ponerle límite expresamente a la prórroga y que desde el mismísimo momento en que se ha agotado el plazo de declaración del estado de emergencia, se decrete su prórroga una única vez en el período de un año. Su condición debiera cambiar de modo ostensible para transformarse en un instituto excepcional parlamentario, debiendo ello estar precisado por la Carta Fundamental, la que establecerá que, sin la autorización del Poder Legislativo, el estado de emergencia no podrá ser prorrogado. Ésa sería la profilaxis de la propia Constitución, de la democracia tantas veces quebrantada. Puede forjarse con ello el antídoto necesario que evite que una crisis, una situación extraordinaria se convierta en «estado de excepción permanente», de castración jurídica. Más aún, pensamos que la prórroga va camino de convertirse en obsoleta, trasnochada: el saldo de su recurso en la vida político-constitucional del país de los incas es brutalmente negativo.

3.1.3 Efectos de la declaración

Acabamos de ver por y para qué se recurre a la declaración del estado de emergencia, pero ésta también lleva consigo unas consecuencias jurídicas: los efectos del estado de emergencia, evidentemente, se identifican de manera bastante notable con la suspensión del ejercicio completo de determinados derechos. Cuando tratamos aquí y ahora los efectos es porque «se suspenden algunas libertades y derechos fundamentales en un plazo determinado»⁶³⁷. Debido al elevado número de ocasiones en que se ha recurrido a la suspensión de derechos mediante la declaración del estado de emergencia, podría creerse que es propia sólo de este instituto, empero, eso no es así, habida cuenta que también la tenemos en la declaración del estado de sitio, inclusive con dimensión mayor. Se han establecido diferencias entre ambos estados de excepción, destacándose el primero por la suspensión de derechos, y el segundo, por la preponderancia asignada a las Fuerzas Armadas.

637 R. Chanamé Orbe, *Diccionario de derecho constitucional*, Praxis, Lima, 2000, p. 150.

Al activarse el estado de emergencia, el presidente de la República asume fuera del orden o reglas generales o comunes, y sin excederse, facultades extraordinarias constitucionales, sin poder modificar la distribución de competencias fijada a los tres grandes poderes del Estado. El ordenamiento constitucional consideraría inaceptable por completo bajo todas las circunstancias aquel gobierno en que todos los poderes se hallen reunidos en una sola persona o cuerpo, sin limitación (pues eso sería más bien propio de un gobierno absoluto conducido por un monarca).

El conjunto de derechos fundamentales susceptible de sufrir suspensión en el régimen constitucional peruano reúne rasgos compartidos: por un lado, tales derechos han sido incluidos con meridiana claridad en un único artículo, el 2º, apartados 9, 11, 12, 24 f); esta relación se elaboró sacrificando derechos fundamentales cuya suspensión hallábase contemplada en constituciones pretéritas, sin embargo, en ella no figura el derecho de reunión y dicha exclusión confirma su situación de privilegio, consagrándose el reconocimiento del mismo en un catálogo tan moderno como la Declaración de Derechos Humanos⁶³⁸. Por otro lado, la declaración por el Ejecutivo del estado de emergencia no significa, por sí sola, la suspensión de derechos fundamentales; ésta empezará a hacerse efectiva con la expedición del decreto supremo presidencial que le da cuerpo legal a la declaración.

Los legisladores, en su preocupación por remediar crisis o situaciones anómalas que venimos tocando, decidieron que fuera el art. 137.1 de la Constitución el que determinara las potestades excepcionales que el presidente de la República puede ejercer, encontrándose entre ellas la de la suspensión de derechos fundamentales:

- a la inviolabilidad del domicilio (art. 2.9);
- a elegir el lugar de residencia, a transitar por el territorio del Estado y salir de él como entrar (art. 2.11);
- a reunirse de manera pacífica (art. 1.12);
- a la libertad individual, es decir, nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por la policía en caso de flagrante delito (art. 2.24, letra f).

En el supuesto de que el gobierno recurra a la suspensión del derecho de reunión durante el estado de emergencia por alguna de las causales señaladas, no deberá prohibir aquellas

⁶³⁸ «Art. 20: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas. 2. Nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación».

reuniones motivadas por razones distintas: verbigracia, si en una determinada zona del territorio sometida a estado de emergencia se suspende el derecho de reunión por hechos de terrorismo, los responsables de la seguridad no impedirán las reuniones que han de llevarse a cabo pacíficamente, como las manifestaciones de los partidos políticos, congresos de los sindicatos de trabajadores o asociaciones empresariales, actos culturales, etc.

Tampoco durante la permanencia de este estado de excepción ni bajo otro, con exactitud «en ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie», determina la Constitución actual, copiando lo prescrito por su par de 1979; contrastando de ambas, su antecesora de 1933, en un principio, manda en el art. 68 «nadie puede ser extrañado del territorio de la República [...] sino por sentencia ejecutoriada o por aplicación de la ley de extranjería», para luego facultar al presidente de la República a aplicar la pena de destierro en virtud del art. 70: «Cuando lo exija la seguridad del Estado, podrá el Poder Ejecutivo suspender total o parcialmente, en todo o en parte del territorio nacional, las garantías declaradas en los arts. 56 o 61 o 62 o 67 y 68» (en esta disposición numerada hallamos el giro «garantías» por «derechos»).

Sabiéndose bien de las limitaciones materiales y humanas de la Policía Nacional para recuperar la normalidad, «en estado de emergencia las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno si así lo dispone el Presidente de la República» (art. 137.1 de la Constitución). En caso de decidirse dar carácter u organización militar al control del orden interno, las Fuerzas Armadas estarán obligadas a hacer tangibles las medidas presidenciales. Nunca deberán hacer prescindencia de la autoridad política del Poder Ejecutivo; el legislador, al sujetar a la dependencia a la ley a las citadas instituciones armadas, les especifica su subordinación absoluta al poder civil; constitucionalmente, no tienen más que un único jefe supremo que es el presidente de la República, no pudiéndole subrogar o suceder bajo ningún punto de vista ni circunstancia⁶³⁹; más aún, como no son Poder del Estado, carecen de capacidad de decisión independiente, sólo pueden operar, obrar ineludiblemente dentro del marco constitucional⁶⁴⁰.

En el Perú, las Fuerzas Armadas vivieron una experiencia bastante amarga cuando, por mandato del presidente Belaúnde, luego de declarar el estado de emergencia por la irrupción

639 «Art. 167: El Presidente de la República es el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional».

640 «Art. 169: Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional no son deliberantes. Están subordinadas al poder constitucional».

terrorista de Sendero Luminoso en 1980, asumieron el control del orden interno; tanto la asunción misma como el rol a jugar por los uniformados ante un escenario complicado no se hallaban delineados por una norma clara y específica; a decir verdad, todos los actores llamados a la resolución del problema de excepción se mostraron no expeditos en la comprensión del grave asunto, parecían simples espectadores por un momento. Recogiendo lo que ya era un clamor, los parlamentarios sacan adelante la Ley 24.150 en junio de 1985 que, por fin, determinaba qué disposiciones tendrían que observar las Fuerzas Armadas encargadas del control del orden interno bajo un estado de excepción.

El texto de la norma enfatiza que «la actividad que se desarrolla por las Fuerzas Armadas para hacer frente a la situación que motiva la declaratoria del estado de excepción se sujetará a las directivas y planes aprobados por el Presidente de la República [...] El planeamiento, preparación, dirección y ejecución del control del orden interno, son conducidos por el Poder Ejecutivo» (arts. 2 y 3).

La mencionada suspensión del ejercicio de los derechos fundamentales en períodos de emergencia no otorga libertad sin límites a las autoridades políticas, castrenses, policiales para eximirse de una obligación legal; pensamos que no es de perogrullo poner de relieve que, a su través, permiten el paso del orden constitucional que aunque se suspenda en alguna medida nunca será buscando oprimir a la población sino para salvaguardar el Estado de Derecho. Además, por ello, la conducta de aquéllas tendrá que guardar relación con la finalidad del instituto de excepción declarado.

3.2. El estado de sitio

La Carta Fundamental de 1993 no aporta nada nuevo por lo que se refiere a la regulación del estado de sitio, no hace sino reiterar en esta materia lo desarrollado por la anterior Constitución de 1979: el contenido de la institución queda, de este modo, ciertamente, intocado.

El constituyente la insertará en el derecho de excepción peruano dejando de lado la fuente francesa –su creadora–; la asimila en alguna medida de la Constitución española de 1978, quien «ha mantenido expresamente el viejo instituto del estado excepcional militar, al que designa con

el más característico de sus nombres, el *estado de sitio*⁶⁴¹, pero habiéndosele modificado con respecto a lo que fue hasta antes del advenimiento del sistema democrático en España.

El estado de sitio –denominado también «estado de guerra» en otras legislaciones– hállese regulado de modo completamente individual en el art. 137.2 de la Carta Magna peruana.

3.2.1. Supuestos en la declaración

Únicamente tendrá lugar el estado de sitio «en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan» (art. 137.2): estamos hablando de modo especificativo de su presupuesto.

Ensayando una definición, diríamos que el estado de sitio es en el Perú el mejor medio de respuesta ante aquella situación que coloca en gran riesgo inmediato la supervivencia del Estado, entendiéndose éste no como un simple cuerpo político de una nación, sino en su calidad de comunidad política soberana e independiente.

Resultado de los supuestos enumerados es que hoy, en el ordenamiento del Perú, no existe una situación de entrada por la fuerza a su territorio –llevada a cabo por numerosos individuos– o cualquier tipo de guerra –sin que sea necesario esperar a que dichos hechos se concreten, bastando la amenaza inmediata de producirse los mismos– que no se hallen contemplados. Esos supuestos con los vocablos «invasión», «guerra», «peligro» indican el carácter notoriamente violento del presupuesto del estado excepcional que ahora tratamos; por ello, se calificará acertado declarárselo sólo después de haberse evaluado y agotado otras vías cuando se tenga que contrarrestar, corregir la eventual emergencia que pudiera aparecer.

Evidentemente, estamos frente a supuestos que encierran situaciones harto delicadas para el país que, en caso de efectuarse, lo exponen a un riesgo cuyas consecuencias podrían ser impredecibles, pero llaman particularmente nuestra preocupación los referidos a la «guerra exterior» y la «guerra civil»: el primero se trata de una acción violenta perpetrada desde fuera de las fronteras, amenazándose la soberanía e independencia de la nación; en el segundo, se está

641 P. Cruz Villalón, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, op. cit., p. 107.

ante una agresión en el seno del Estado, probablemente inspirada en el separatismo, que pudiera estar atentando contra la integridad territorial. Entonces, pues, en tales casos, ya no se puede esperar que todos los elementos constitutivos de la respuesta pertinente deriven principalmente del instituto excepcional; aquí es el aparato del Estado, con sus costosas Fuerzas Armadas, personal civil y demás recursos, quien entra en acción en primera línea con la defensa y el ataque para impedir que pase adelante el enemigo: «La situación de un país en guerra puede exigir la adopción de medidas extraordinarias en el interior, en particular la suspensión de determinados derechos y libertades públicas, como también puede exigir el que, en determinados territorios especialmente amenazados por la situación bélica, las Fuerzas Armadas sustituyen a las autoridades civiles, asumiendo determinadas funciones que permitan asegurar el mantenimiento de la organización estatal»⁶⁴².

No es «obligación» del estado de sitio constituirse en el gran actor en el arte de proyectar y dirigir las operaciones militares en la confrontación bélica, ese rol le corresponde a los estrategas, a los que por profesión se dedican a la milicia.

Aseveraríamos que, aunque el legislador peruano se muestra algo esquivo a la hora de determinar los presupuestos del estado de sitio al no incluir en ellos de forma expresa la protección del orden constitucional, debe considerarse lo que otros sistemas jurídicos mantienen: «El estado de sitio no se propone directamente facilitar el desarrollo de una contienda militar, sino que fundamentalmente, tiende a asegurar y mantener el orden constitucional»⁶⁴³. ¿Hemos de pensar que, ante tal omisión, la Constitución carece de todo instrumento de defensa? Este interrogante lo despeja el art. 118.1 de la misma⁶⁴⁴.

Parece ser que los constituyentes de 1993 tuvieron una especial sensibilidad en impedir todo atisbo de usurpación del poder por parte de las Fuerzas Armadas apoyándose en el estado de sitio. A ellas ya no se las hace defensoras titulares de la Constitución: «Tienen como finalidad

⁶⁴² Ibid., p. 109.

⁶⁴³ F. Fernández Segado, *El estado de excepción en el derecho constitucional español*, op. cit., p. 31. La Ley Orgánica de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio española expresa literalmente: «Cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios, el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 4 del art. 116 de la Constitución, podrá proponer al Congreso de los Diputados la declaración de estado de sitio» (art. 32.1).

⁶⁴⁴ «Art. 118: Corresponde al Presidente de la República: 1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales».

primordial garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República. Asumen el control del orden interno de conformidad con el Artículo 137 de la Constitución» (art. 165). Freno eficaz supone no habersele otorgado a la milicia la jerarquía de protectora, garante justiciera autónoma del orden constitucional «pues, por definición, un ejército elevado a la categoría de defensor autónomo de la Constitución se convierte, por la naturaleza de las cosas, en “señor de la Constitución”»⁶⁴⁵.

3.2.2. Procedimiento de la declaración y prórroga

«El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar, por plazo determinado, en todo el territorio nacional, o en parte de él, y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente [...]», reza la Constitución en el art. 137, refiriéndose con simultaneidad a la declaración del estado de emergencia y a la del de sitio y, en su apartado 2, completándola, dice de manera particular en torno a la declaración del último estado excepcional: «El plazo correspondiente no excede de cuarenta y cinco días». Comentando la redacción de este precepto, nos conduce a entender que el método de la declaración del estado de sitio no se diferencia del del estado de emergencia; quíerese decir con ello que el estado de sitio lo declara el presidente de la República con acuerdo del Consejo de Ministros; si por éste comprendemos el pleno de ministros que se reúne para deliberar sobre asuntos de Estado por convocatoria del Jefe del Ejecutivo, no se explicita de qué mayoría de sus miembros se requiere a fin de que la medida salga adelante, pero se colige que basta la simple⁶⁴⁶.

La Constitución reserva con carácter exclusivo al Gobierno la competencia para tomar una de las decisiones que entrañan mayor gravedad incluidas en ella, la declaración del estado de sitio, dejando en un segundo plano a la máxima representación del poder soberano, el Parlamento. A él o a su Comisión Permanente se da cuenta de la medida, sin embargo, carece de participación determinativa en este asunto, tanto que ni siquiera constitucionalmente se le otorga de modo explícito e individual el derecho de solicitar al Poder Ejecutivo la declaración del estado de sitio. La misma contendrá por lo menos tres extremos cuyo vínculo entre sí es palmario: espacio territorial, duración, condiciones.

645 P. Cruz Villalón, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, op. cit., p. 112.

646 En los acuerdos adoptados por el Consejo de Ministros, la norma constitucional dice: «Todo acuerdo del Consejo de Ministros requiere el voto aprobatorio de la mayoría de sus miembros [...]» (art. 126).

La prórroga del estado excepcional aludido «requiere aprobación del Congreso» (art.137.2) y se recurrirá a la misma cuando ese buen orden y observancia de las leyes para la convivencia de la Nación no se han conseguido debido a que las circunstancias que dieron origen a la declaración del estado de sitio continúan presentes.

Vemos que la Constitución le exige al Congreso aprobar la nueva medida de ampliación, mas guarda silencio absoluto en lo que atañe a qué mayoría debe considerarse; se ha evitado caer en situaciones vagarosas y la interpretación prevalente se ha inclinado por la mayoría simple.

3.2.3. Efectos de la declaración

Al ser propio y privativo del estado de sitio hacer frente a momentos más críticos, decisivos que los supuestos comprendidos por el estado de emergencia⁶⁴⁷, la consecuencia lógica y coherente es que el conjunto de efectos de la declaración del primer estado excepcional implique mayor gravedad que la del segundo: su sola declaración deja *ipso facto* detenido, paralizado el ejercicio de todos los derechos fundamentales⁶⁴⁸, excepto aquellos taxativamente señalados en el art. 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (analizados ya en V.5.2.2).

El Ejecutivo dictará tal medida «con mención de los derechos fundamentales cuyo ejercicio no se restringe o suspende» (art. 137.2 de la Constitución); con ello verificamos que la Norma de rango supremo no crea una concurrencia básica entre las dos instituciones de excepción en lo atinente a la suspensión de derechos fundamentales, cada una en esta materia se mueve en parcelas distintas.

La obligación que se exige de precisar qué derechos fundamentales se mantienen vigentes en la declaración del estado de sitio hace que la identifiquemos con el principio de mención expresa: merced a esta especificación, las acciones de garantía (que veremos con la amplitud necesaria en el próximo apartado) únicamente podrán incoarse para la protección de aquellos derechos que se mantienen intactos, los sacrificados no gozan de defensa.

647 Raúl Chanamé incluye en uno de los trabajos hechos la definición de este estado excepcional como la «medida de emergencia extrema, ante una situación de grave conflicto bélico, que concede atribuciones extraordinarias a las fuerzas de seguridad pública» (R. Chanamé Orbe, *Diccionario de derecho constitucional*, op. cit., p. 151).

648 E. Chirinos Soto, *Constitución de 1993: lectura y comentario*, p. 283.

Y en la pretensión que se posee para superar eventualidades ubicadas fuera del orden común con la aplicabilidad de las medidas dispuestas en el estado de sitio, éstas llegan a tornarse tan graves que, por ejemplo, en dos supuestos, la suspensión de la abolición de la pena de muerte puede quedar sin efecto. Declara el art. 140 de la Constitución: «La pena de muerte sólo puede aplicarse por el delito de Traición a la Patria en caso de guerra, y el de terrorismo, conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada». Esta cláusula merece ser considerada muy en serio y, explicando el alcance de una parte importante de su texto, hallamos la siguiente cuestión a plantearse: ¿Qué hay que comprender por la frase «en caso de guerra»? Y más aún, ¿quién será el encargado de valorar el presupuesto respectivo cuya significación es vital en el destino del Estado? Estas preguntas no supondrían problema alguno si la Nación hubiese decidido la declaración formal de guerra⁶⁴⁹. Metidos en la hipótesis de que el país se halle inmerso en una contienda bélica sin habérsela declarado, ¿se puede en Consejo de Guerra o en el fuero privativo militar imponer independientemente la pena de muerte aduciendo la consideración particular de que *de facto* la patria atraviesa tiempos de guerra? ¿El legislador ordinario puede ser sustituido por la autoridad militar dictando una legislación penal «de necesidad» o «de urgencia» derogatoria de las leyes penales en vigor? A esta última interrogación responderíamos no, rotundamente. En el Perú, el que tiene el monopolio de elaborar y aprobar todas las leyes, incluidas las leyes penales militares, es el Poder Legislativo, nadie más; el constituyente sólo ha determinado una excepción a la competencia legislativa aludida y lo ha hecho a través de los decretos legislativos⁶⁵⁰.

Leyendo el apartado 2 del art. 137 de la Constitución, advertimos una flagrante omisión, que no podía dejar de ser cubierta, en lo referente a la intervención de las Fuerzas Armadas cuando se declara el estado de sitio. Para llenar este vacío, el ordenamiento jurídico no ha considerado menester proveerse de una ley orgánica de los estados excepcionales pero sí, ajustándose a la propia realidad, optó por darse la Ley 24.150 (la que establece normas que deben cumplirse en los estados de excepción en que las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno en el territorio nacional), que tendrá fuerza jurídica vinculante. Ella es tan

649 Art. 118: «Corresponde al Presidente de la República: 16. Declarar la guerra y firmar la paz, con autorización del Congreso».

650 Art. 104: «El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa [...] Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley. El Presidente de la República da cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de cada decreto legislativo».

específica y determinante que señala en su art. 6: «Es inherente al estado de sitio la intervención de las Fuerzas Armadas en los casos de invasión, guerra exterior, guerra civil o peligro inminente de que se produzcan». Esto no nos debe llevar a pensar que en el estado de sitio hay un poder civil *versus* un poder militar; el primero no se debilita a favor del segundo, ni siquiera cede sus atribuciones; la presencia del Poder Ejecutivo no experimenta menoscabo sino, muy por el contrario, adquiere un manifiesto reforzamiento. El instrumento legal precedentemente enunciado, despejando cualquier duda, añade acerca del principio de supremacía del poder civil democrático en el art. 7: «El control del orden interno en el estado de sitio se ejecutará de acuerdo con las directivas y planes aprobados por el Presidente de la República». Antecedente positivo en la consolidación del principio referido supuso la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional que suprime el vocablo «político» (declarándolo inconstitucional) del texto original de su art. 4: «El control del orden interno en las zonas de emergencia es asumido por un Comando Político Militar [...]», para quedar «El control del orden interno en las zonas de emergencia es asumido por un Comando Militar [...]»⁶⁵¹.

Sobre la gestión del estado de sitio, señala el art. 8: «En el estado de sitio, el Oficial de las Fuerzas Armadas que asuma el Comando Militar adoptará, en el ámbito de su jurisdicción, las medidas siguientes: la ejecución de las actividades de movilización; la ejecución de las actividades de Defensa Civil; la seguridad territorial. Todas ellas para asegurar el normal desarrollo de las actividades de la población y de apoyo de las operaciones militares». El Jefe del Ejecutivo ha de nombrar la autoridad militar que, siempre bajo su dirección, llevará a cabo las medidas procedentes y convenientes dentro del territorio donde se haya declarado el estado de sitio: «El control del orden interno en las zonas de emergencia es asumido por un Comando Militar que está a cargo de un Oficial de Alto Rango designado por el Presidente de la República, a propuesta del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, quien desempeña las funciones inherentes al cargo que establece la presente ley en el ámbito de su jurisdicción, de acuerdo con las directivas y planes de emergencia aprobados por el Presidente de la República»⁶⁵² (art. 4). Entendemos pues que el Poder Ejecutivo está obligado legalmente a designar una autoridad militar —quien será responsable de la gestión del estado de sitio—, o sea, no puede eludir esa exigencia, empero sí dispone de total libertad a la hora de efectuar el nombramiento.

651 Inciso b), numeral 1, de la parte resolutive de la Sentencia del Tribunal Constitucional, publicada el 24-08-2004, recaída en el Expediente N° 0017-2003-AI-TC.

652 Vid. art. 13 de la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Defensa sobre el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas.

Si, por un lado, ciertamente la autoridad militar ejerce sus funciones bajo la dirección del presidente de la República, por otro, ello no supone para nada que la misma se encuentre constreñida de todo poder de decisión, circunscribiéndose sólo a ser un mecánico ejecutor de las órdenes de las disposiciones presidenciales; la autoridad militar cuenta con amplio margen de discrecionalidad a efectos de cumplir su papel y no olvidando la *ratio essendi*, la sustancia del estado de sitio.

Decretado el estado de sitio, «el plazo correspondiente no excede de cuarenta y cinco días» (art. 137.2), es menor que el del estado de emergencia; se quiso así en razón de que en un Estado democrático sería inaceptable contradecir el principio de universalización de los derechos fundamentales por períodos excesivos: trátase de una suspensión grave. Por eso, «al decretarse el estado de sitio, el Congreso se reúne de pleno derecho» (art. 137.2). Con esto, además, hay un contrapeso a las facultades extraordinarias de la máxima Autoridad del Ejecutivo; «el Congreso vigilará para que el Poder Ejecutivo no se exceda en sus atribuciones»⁶⁵³. «Bajo estado de sitio, el Congreso no puede ser disuelto» (art. 134).

En el art. 137 del texto constitucional, analizado aquí, una de las omisiones más notables la representa el no haberse hecho ninguna referencia en lo concerniente a la responsabilidad que puedan asumir los funcionarios o autoridades en el ejercicio de sus funciones en las zonas sometidas al estado de excepción, diferenciándose en esto de otras Constituciones como la de España o la de Bolivia⁶⁵⁴.

4. Algo más sobre la Constitución de 1993: las acciones de garantía durante el estado de excepción

Nos toca ahora decir algo sobre las acciones de garantías constitucionales bajo los denominados períodos de excepción en el Perú. Las Cartas Magnas contemporáneas han insertado a su texto prescripciones en lo tocante al comportamiento del Estado y de los ciudadanos en situaciones excepcionales, en las que se incrementan las facultades de los

653 E. Chirinos Soto, op. cit., p. 283.

654 Art. 116.6: «La declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes» (Constitución española). Art. 139.II: «Quienes violen los derechos establecidos en esta Constitución serán objeto de proceso penal por atentado contra los derechos» (Constitución boliviana).

detentadores del poder y disminuyen los derechos de los ciudadanos bajo gobierno, buscando como objetivo preservar el sistema político o la vuelta a la Constitución ordinaria, a la Constitución legítima. Esta ampliación del poder tiene que ser empero siempre *ex auctoritate legis*, vale decir, en observancia a la Constitución. Las acciones llevadas a cabo por el Poder Ejecutivo en estas circunstancias no están exentas de responsabilidad; no son ilimitadamente discrecionales y son también susceptibles de ser juzgadas.

El constitucionalista peruano Alberto Borea Odría señala de la Constitución de su patria de 1979 (que también es aplicable a la de 1993, por ser copia ésta de aquélla en la materia que nos ocupa): «La Constitución de nuestro país ha precisado estas atribuciones de los gobernantes en los dos estados de excepción que define, el Estado de Emergencia y el Estado de Sitio. La configuración de estos estados es una atribución discrecional del Presidente de la República con acuerdo del Consejo de Ministros, por lo tanto no es discutible por parte de los tribunales la conveniencia o inconveniencia de la promulgación de la medida. La responsabilidad en este caso es política y corresponderá hacerla efectiva en todo caso al Poder Legislativo o a los electores en el momento en que sean llamados a ejercer el derecho a voto»⁶⁵⁵.

4.1 Las garantías constitucionales en la Carta constitucional de 1993

«Debe recordarse que el constitucionalismo peruano, hasta antes de la dación de la Carta de 1979, utilizó indistintamente el término “garantías constitucionales” para referirse tanto a los derechos fundamentales de las personas como a las posibilidades procesales de su defensa. Con la Constitución de 1979 se ingresó a una era de modernización doctrinaria, lo que permitió que se distingan nítidamente los instrumentos procesales, a los que se denominó, precisamente, “garantías constitucionales”, de los derechos fundamentales de la persona, contenidos en la parte dogmática del texto constitucional»⁶⁵⁶.

El texto constitucional hoy vigente, de 1993, recoge este concepto, utilizando la expresión «garantías constitucionales», a las que sigue llamando de igual modo, y precisando de forma inequívoca su carácter procesal, en lo concerniente a la protección de los derechos contenidos en el Título I de la Constitución. En lo tocante a los derechos fundamentales y

655 A. Borea Odría, *Evolución de las garantías constitucionales*, 2ª ed., Grijley E.I.R.L., Lima, 1996, p. 446.

656 E. Bernal Ballesteros, *La Constitución de 1993. Análisis comparado*, op. cit., p. 813.

garantías y su distinción, son muchos los tratadistas los que nos han entregado aportaciones interesantes⁶⁵⁷.

El Título V de la Constitución está exclusivamente reservado a las garantías constitucionales, es decir, a los mecanismos especialmente concebidos para la protección de la Constitución y para expresar y hacer valer su supremacía sobre cualquier otra norma. Las garantías constitucionales son, por ende, aquellas acciones destinadas a exigir el cumplimiento de pretensiones de carácter constitucional. Ellas deben estar basadas en las normas o los principios que contiene la Constitución. Existen muchos otros principios y derechos dentro de cada sistema jurídico que se hallan establecidos por leyes o normas de rango inferior a ellos. Las garantías constitucionales no sirven para proteger esos derechos porque no son de rango constitucional.

«Las garantías constitucionales persiguen dos grandes tipos de finalidades distintas. Así, el primer grupo defiende derechos constitucionales, tanto los establecidos en el texto constitucional, como aquellos otros que tengan valor, de acuerdo al art. 3 de la Constitución. La finalidad esencial de este grupo de garantías es reponer el derecho violado a la situación previa a la violación, eliminar la amenaza contra un derecho de esta naturaleza. Estas garantías son tres: el hábeas corpus, el amparo y el hábeas data. El segundo grupo de garantías defiende la estructura del orden jurídico, su jerarquía y coherencia»⁶⁵⁸. La finalidad esencial de estas garantías es restituir los rangos de las distintas normas jurídicas que son incompatibles entre sí y hacer que los mandatos jurídicos imperativos se cumplan. Las garantías que corresponden a este grupo son la de Inconstitucionalidad de las Leyes, la Acción Popular contra decretos y otras normas de carácter general y la Acción de Cumplimiento.

No queremos, en la conclusión de este subapartado, hacer prescindencia de que el nuevo Código Procesal Constitucional peruano deja de lado en esta materia la tradicional denominación de «garantías constitucionales», sustituyéndola por la más moderna y técnica de «procesos

657 L. Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. de A. de Cabo y G. Pisarello, 4ª ed., Trotta, Madrid, 2009, pp. 45-52.

658 E. Bernal Ballesteros, *La Constitución de 1993. Análisis comparado*, op. cit. p. 815. «Art. 3: La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno».

constitucionales»⁶⁵⁹.

4.2 Las garantías constitucionales bajo los períodos de excepción

El Código Fundamental peruano señala taxativamente, como ya expresamos en el apartado 3.1.3, que la declaración de un estado de emergencia faculta al Ejecutivo a restringir o suspender ciertos derechos fundamentales (art. 137.1), especificando cuáles son, para el conocimiento de la ciudadanía.

En cambio, en el estado de sitio (ver apartado 3.2.3), su sola declaración deja sin efecto todos los derechos constitucionales, estando obligado el gobierno a declarar expresamente los derechos que quedan vigentes (art. 137.2). Ante este supuesto, podrán incoarse acciones de garantía en defensa sólo de esos derechos cuyo ejercicio se mantenga intacto, no suspendido.

Los períodos de excepción no dejan de ser regímenes de derecho: son momentos con un diferente tipo de derecho, pero siguen siendo estados de derecho al fin; en ellos no debe prevalecer la arbitrariedad, aun cuando el margen de discrecionalidad para el Jefe del Ejecutivo sea mayor que en tiempos ordinarios. Es por esto que los estados de excepción son limitados en cuanto al tiempo, en cuanto al espacio o al ámbito de aplicación y a las medidas que se pueden adoptar durante su vigencia.

Por ende, la suspensión de las garantías de amparo y hábeas corpus sólo podrá regir en relación a los derechos limitados en tanto esté en vigencia cualquiera de los estados de excepción. Expirada la situación por transcurso del tiempo previsto, no se puede argüir que la detención sin mandato se produjo durante el estado de excepción y por tanto se prolongan los efectos de esta detención. No. La plena vigencia de los derechos y garantías constitucionales

659 El nuevo Código Procesal Constitucional vigente (aprobado por Ley n° 28237, publicada el 31 de mayo del 2004) es el primero de una nación iberoamericana que acomete de manera orgánica, integral y sistemática el conjunto de los procesos constitucionales y los principios procesales que los sustentan; incorpora trascendentales avances, corrigiendo vacíos y deficiencias de la legislación precedente.

Contiene un Título Preliminar y trece títulos, compuesto por 121 artículos, siete disposiciones finales y dos transitorias. En el Título Preliminar se fijan algunos principios y criterios generales, existiendo un título que reúne disposiciones generales comunes para los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento; y otro título para las disposiciones generales comunes a los procesos de inconstitucionalidad y acción popular. Existen también títulos específicos para la regulación detallada de cada uno de estos procesos, así como para el proceso competencial.

cobra efecto en el mismo momento en que se concluye el plazo para el cual se dictó la medida. Por lo demás, cabe hacer presente que porque se autoriza la suspensión por un tiempo máximo no quiere decir que necesariamente ése sea el tiempo que deba durar la medida: puede ser menor.

En lo atinente al ámbito espacial, debe estar determinado por el decreto que instituye el estado de excepción, no siendo posible que se use de los poderes excepcionales sino en aquellos lugares en que se ha autorizado. Los ciudadanos del resto de la nación mantienen vigentes sus derechos en su totalidad. «Pero aquí se puede presentar una variante que es importante analizar. ¿Qué sucede si se detiene a un individuo acusándole de estar en vinculación o promoviendo la subversión en la zona determinada por la norma instauradora del estado de emergencia? Aquí procede sin lugar a dudas la acción de garantía puesto que la determinación territorial no está referida a los efectos de los actos de las personas, sino al ámbito de seguridad de las mismas. Lo mismo sería procedente la acción de garantía si se detiene a un sujeto sin mandamiento escrito y motivado de un juez competente y se le traslada a la zona donde están en suspenso las garantías constitucionales, puesto que aquí junto con la detención inmotivada se habría producido el traslado de la persona contra su voluntad. Por lo demás, sería fácil para la autoridad recurrir a un inconstitucional arresto y traslado para reprimir a una persona sin cuidado de respetar derechos constitucionales»⁶⁶⁰.

La temporalidad y espacialidad de la declaración del estado de excepción están en relación directa a su origen. Son dictados para permitir el restablecimiento del orden constitucional y deben circunscribirse tanto en el espacio como en el tiempo lo máximo posible para hacer triunfar la Constitución sobre la situación o causa atentatoria.

Fue un asunto harto debatido en la doctrina peruana el referido a la justiciabilidad de las medidas tomadas por las autoridades competentes durante la vigencia de los estados de excepción: el párrafo final del artículo 200 de la Constitución precisa que el órgano jurisdiccional debe analizar la razonabilidad y la proporcionalidad de la medida adoptada por la autoridad durante la vigencia del estado de excepción. Esto, qué duda cabe, es un avance.

Puede darse el supuesto que, aprovechando de la implantación del estado de excepción en

660 A. Borea Odría, op. cit, p. 453.

un ámbito determinado, las autoridades lo utilicen más allá de los fines para los cuales ha sido instaurado. Como se ha señalado, los estados de excepción tienen como objeto el defender la Constitución para que pueda regir con toda su fuerza y recobrar su total vigencia: no son una excusa para escabullirse de sus mandatos.

«Si, por ejemplo, un prefecto ordena la detención de un ciudadano a quien lo acusa de realizar ciertos actos que perturban el desarrollo de la lucha antisubversiva, los jueces han de apreciar si esa medida guarda relación con las pruebas aportadas. No podrá bastarle el dicho de la autoridad para que se cancelen los derechos de los ciudadanos. Vale decir, tendrá que analizar si es razonable la adopción de esa determinación por parte de la autoridad, y deberá declarar fundada la acción si llega a la conclusión que se trata de un acto caprichoso y que no tiene sustento en el derecho»⁶⁶¹.

Un factor más que los jueces han de considerar es el de la proporcionalidad. Esto significa que, aun cuando hubiere criterios de razonabilidad para limitar el derecho de una persona, esa limitación tiene que guardar relación con el objetivo que se quiere resguardar. Habrá que tenerse siempre en cuenta que estos regímenes, al denominarse estados excepcionales, la excepción deberá aplicarse siempre de una manera restrictiva. Si se puede disponer una detención o un resguardo domiciliario no hay por qué escoger una reclusión en prisión.

El haber consagrado *ad litteram* la posibilidad de discutir la razonabilidad y la proporcionalidad de la medida restrictiva adoptada durante la vigencia de los estados de excepción, es un importante avance de la Constitución más reciente.

En la actualidad —a diferencia de un pasado nigrísimo— los excesos perpetrados por las autoridades se pueden discutir gracias a estas acciones de garantía. Ha quedado claro que lo que se suspende, entonces, es el ejercicio de determinados derechos y que las garantías están siempre vigentes en tanto son el arma procesal para poder discutir de la existencia de los mismos y de la razonabilidad de su limitación.

Empero, la redacción del artículo 200 de la Constitución revela un vacío, pues ahí no se

661 *Ibíd.*, p. 455.

alude al hábeas data ni a la acción de cumplimiento. Alguien podría pensar que al referirse a las garantías de hábeas corpus y de amparo, son improcedentes el hábeas data y la acción de cumplimiento cuando se halla la circunscripción en estado de excepción. Dicha omisión, a mi ver, se trata lisa y llanamente de un descuido del constituyente; no estaba en su intención, en el espíritu, dejar sin efecto la vigencia del hábeas data en un estado de excepción. De este parecer también es Alberto Borea Odría, el cual asevera: «Y soy de opinión que ha de entenderse dentro de la lógica del documento del 93, que las garantías de Hábeas Data y de Acción de Cumplimiento también están vigentes en el lapso para el que se decreta el estado de sitio»⁶⁶².

4.2.1 El hábeas corpus: su evolución en el Perú y alguna producción jurisprudencial

De muy vieja data e íntimamente vinculado a la libertad individual o personal, el hábeas corpus tiene su génesis en Inglaterra; este procedimiento jurídico deriva del hábeas corpus anglosajón institucionalizado desde 1679, siendo incorporado al constitucionalismo contemporáneo: hoy se ha erigido en uno de los institutos de defensa principales de la libertad física de los ciudadanos y también, indirectamente, del Estado de Derecho.

Haciendo una mirada retrospectiva en el ámbito peruano, el primer antecedente lo representa la Ley n° 2223. Es el primer paso serio para que en el terreno judicial se empezara a combatir la impunidad contra las detenciones ilegales o contrarrestar la excesiva condescendencia en el cumplimiento del respeto a la libertad física. La norma prescribía en el artículo 1: «Toda persona residente en el Perú que fuese reducida a prisión, si dentro del término de 24 horas no se le ha notificado la orden de detención judicial, tiene expedito el recurso extraordinario de hábeas corpus»; en la ley no se hacía más que dar una designación expresa a la garantía que había señalado la Constitución de 1860; luego se promulgará la Ley N°2253 que hacía extensible la garantía de hábeas corpus a las garantías individuales del título IV de la Constitución de 1860.

Por vez primera, se ha de incorporar la expresión hábeas corpus en una Constitución peruana, siendo ella la de 1920, que reza: «Las personas aprehendidas o cualquier otra podrá interponer conforme a ley, el recurso de hábeas corpus por prisión indebida». «El Código de

662 Ibíd, p. 456.

Procedimientos en Materia Criminal de 1920 establecía el procedimiento para defender la libertad personal, cuando una persona haya sido detenida por más de 24 horas y sin que se haya tomado su declaración instructiva, debiendo presentarse ante el Juez Instructor o Tribunal Correccional»⁶⁶³.

Abandonando el papel de mero continuador, el Código Fundamental de 1933 le da un contenido mayor al hábeas corpus que su predecesor de 1920: «Art. 69: Todos los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución, dan lugar a la acción de hábeas corpus». Al margen de discrepancias, lo objetivo aquí es que la función del hábeas corpus incide de manera notable en la protección de derechos tales como la libertad y seguridad personales, empero, en la Constitución de 1933, se le atribuye al hábeas corpus una tarea nueva – desvirtuando su naturaleza–: la defensa de los derechos sociales, siendo en la actualidad garantizados por la Acción de Amparo. «Dada la amplitud de derechos que protegía el hábeas corpus hubo la necesidad de promulgar el Decreto Ley N° 17083 de fecha 24 de octubre de 1958 que estableció el hábeas corpus civil para todas las garantías, a excepción de la libertad individual, inviolabilidad de domicilio y libertad de tránsito que han de sustanciarse en la vía penal como se aprecia del artículo 1: “La Acción de hábeas corpus referente a las garantías de libertad personal, inviolabilidad del domicilio y libertad de tránsito se tramitará de acuerdo a las disposiciones del Código de Procedimientos Penales. En los demás casos en los que la Constitución autorice, se tramitará conforme a los dispositivos siguientes...”»⁶⁶⁴.

«La acción u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza la libertad individual, da lugar a la acción de hábeas corpus», sostiene el art. 295 de la Constitución de 1979. Verificamos ahí cómo se escenifica un cambio en la protección que se venía observando antes, instituyéndose ahora la Acción de Amparo, asumiendo ésta la protección de los derechos fuera del alcance del hábeas corpus. «La Carta de 1979 fue la que diferenció nítidamente el hábeas corpus de las demás acciones de garantía, especializándolo únicamente para la protección de la libertad individual»⁶⁶⁵. Regulando estos dos institutos de la mencionada Constitución y precisando en qué casos proceden, se promulga la Ley de Hábeas Corpus y Amparo N° 23506⁶⁶⁶.

663 W. A. Díaz Zegarra, *Los procesos constitucionales*, Palestra Editores, Lima, 1999, p. 141.

664 Ídem.

665 E. Bernal Ballesteros, *La Constitución de 1993. Análisis comparado*, op. cit. p. 816.

666 Art. 12: «Se vulnera o amenaza la libertad individual y en consecuencia procede la acción de hábeas corpus,

La Constitución vigente (1993) conserva incólume en su apartado 1 del artículo 200 el temperamento de su inmediata predecesora. «El hábeas corpus es una garantía de trámite inmediato. Su objetivo es proteger la libertad individual de toda persona que vea amenazado o vulnerado este derecho. Como se sabe, la libertad es uno de los valores más importantes de todo ser humano; la Constitución, por tanto, protege preferentemente este derecho»⁶⁶⁷.

La pretensión principal del hábeas corpus es restituir la libertad individual de la persona;

enunciativamente, en los siguientes casos:

- Guardar reserva sobre sus convicciones políticas, religiosas, filosóficas o de cualquier otra índole.
 - De la libertad de conciencia y de creencia.
 - El de no ser violentado para obtener declaraciones.
 - El de no ser obligado a prestar juramento ni compelido a declarar o reconocer su culpabilidad en causa penal contra sí mismo, ni contra su cónyuge, ni sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.
 - El de no ser exiliado o desterrado o confinado sino por sentencia firme.
 - El de no ser expatriado ni separado del lugar de su residencia sino por mandato judicial o por aplicación de la Ley de Extranjería.
 - El de no ser secuestrado.
 - El del extranjero a quien se ha concedido asilo político de no ser expulsado al país cuyo Gobierno lo persigue, o en ningún caso si peligrase su libertad o seguridad por el hecho de ser expulsado.
 - El de los nacionales o de los extranjeros residentes, de ingresar, transitar o salir del territorio nacional, salvo mandato judicial o aplicación de la Ley de Extranjería o de Sanidad.
 - El de no ser detenido sino por mandato escrito y motivado del Juez o por las autoridades policiales en el caso de flagrante delito; o el de no ser puesto el detenido, dentro de las 24 horas o en el término de la distancia, a disposición del Juzgado que corresponda de acuerdo con el acápite «g» del inciso 20) del artículo 2º de la Constitución así como de las excepciones que en él se consignan.
 - El de no ser detenido por deudas, salvo los casos de obligaciones alimentarias.
 - El de no ser privado del pasaporte, dentro o fuera de la República.
 - El de no ser incomunicado, sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito y en la forma y por el tiempo previstos por la ley, de acuerdo con el acápite «i» del inciso 20) del artículo 2º de la Constitución.
 - El de ser asistido por un abogado defensor de su elección desde que es citado o detenido por la autoridad.
 - El de hacer retirar las guardias puestas a un domicilio o suspender el seguimiento policial cuando ello atente contra la libertad individual.
 - El de la excarcelación, en el caso de un detenido o procesado que haya sido amnistiado, indultado, sobreseído, absuelto o declarada prescrita la acción penal o la ejecución de la pena.
 - El de que se observe el trámite correspondiente cuando se trate del procedimiento o detención de las personas, a que se refiere el artículo 183º de la Constitución».
- Art 24: «La acción de amparo procede en defensa de los siguientes derechos:
- De la inviolabilidad de domicilio ;
 - De no ser discriminado en ninguna forma, por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma;
 - Del ejercicio público de cualquier confesión religiosa, siempre que no ofenda la moral y buenas costumbres;
 - De la libertad de prensa, información, comunicación y opinión, circulación o propalación por cualquier medio de comunicación;
 - De la libertad de contratación;
 - De la libertad de creación artística, intelectual y científica;
 - De la inviolabilidad y secreto de los papeles privados y de las comunicaciones;
 - De reunión;
 - De asociación;
 - De libertad de trabajo;
 - De sindicación;

además, hoy, dentro del constitucionalismo peruano, esta acción abarca la tutela de otros derechos conexos con ella, tales como las vulneraciones a la seguridad e integridad personal, detención arbitraria, incomunicación, privación de defensa legal al detenido, hostigamiento policial, etc. Creemos interesante apreciar como cambio importante que el derecho a la inviolabilidad del domicilio pasa a ser protegido por el hábeas corpus y ya no por la acción de amparo, mientras que los derechos a la libertad de conciencia y a guardar reserva sobre sus convicciones o creencias de cualquier índole reciben ahora tutela de la acción de amparo y ya no del hábeas corpus.

Con la promulgación de la ley de 21 de octubre de 1897 se introduce oficialmente el hábeas corpus en el régimen jurídico del Perú, y hallamos los primeros antecedentes jurisprudenciales de la institución registrados por la Corte Suprema durante los estados de excepción en 1898. Ésta impondrá como suya –dando la impresión de que sus vocales componentes estuvieran casi siempre bajo un *consensus omnium* ininterrumpido–, entre 1898 y 1979, la tesis de considerar que el hábeas corpus es improcedente durante la suspensión de las garantías individuales.

Expresa en su sentencia expedida el 14 de mayo de 1932: «Estando en suspenso las garantías individuales, no procede el recurso de hábeas corpus»⁶⁶⁸.

Continuando con este mismo parecer, la Corte Suprema falla el 21 de mayo de 1932: «No procede el recurso de hábeas corpus, por prisiones ordenadas por el Poder Ejecutivo, en ejercicio de la autorización concedida por las leyes 7479 y 7491»⁶⁶⁹.

-
- De propiedad y herencia;
 - De petición ante la autoridad competente;
 - De participación individual o colectiva en la vida política del país;
 - De nacionalidad;
 - De jurisdicción y proceso en los términos señalados en la letra «l», inciso 20), artículo 2° de la Constitución;
 - De escoger el tipo y centro de educación;
 - De impartir educación dentro de los principios constitucionales;
 - A exoneraciones tributarias en favor de las Universidades, centros educativos y culturales;
 - De la libertad de cátedra;
 - De acceso a los medios de comunicación social en los términos del artículo 70° de la Constitución; y
 - A los demás derechos fundamentales que consagra la Constitución».

667 E. Bernal Ballesteros, *La Constitución de 1993. Análisis comprado*, op. cit., p. 816.

668 D. García Belaunde, *El hábeas corpus en el Perú de hoy*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1979, p. 155.

669 J. Power Manchego-Muñoz, *Constitución y estados de excepción*, op. cit., p. 242.

Corroborando la posición citada, la máxima instancia judicial sentencia en 1949: «Estando suspendidas las garantías individuales, es improcedente el recurso de hábeas corpus»⁶⁷⁰.

Recordando la función creadora del derecho, algunos de sus jueces decidieron mantener una postura crítica con respecto a las disposiciones de excepción. Tenemos en 1945 que la máxima instancia resuelve: «La sola afirmación de la autoridad política o militar, de que una persona está detenida en cumplimiento de las leyes de emergencia, que excluyen el hábeas corpus, no es suficiente para declarar improcedente este recurso; es necesario para ello demostrarlo con los documentos necesarios»⁶⁷¹.

Continuando con este proceso elaborador del derecho, encontramos una sentencia de la Corte Suprema de noviembre de 1951 en la cual se manifiesta: «La vigencia de la Ley de Seguridad Interior de la República, que no admite el recurso de hábeas corpus, no impide que se haga la investigación que la ley ordena»⁶⁷². Otra, en donde se ratifica el mismo espíritu: «No habiendo el juez practicado las investigaciones necesarias ante las autoridades para precisar si el detenido se encuentra sometido a los tribunales creados por la Ley de Seguridad Interior de la República, procede declarar la nulidad del auto recurrido y que se completen las investigaciones correspondientes»⁶⁷³.

Un caso esclarecedor, ilustrativo fue el protagonizado por el político y jurista peruano José Luis Bustamante y Rivero (presidente de la República entre 1945 y 1948 y derrocado por el ejército; presidió el Tribunal Internacional de la Haya de 1967 a 1970). Designó como su apoderado al abogado Luis Bedoya Reyes, el que interpuso la demanda de hábeas corpus frente a la negativa de las autoridades golpistas, que no le permitían el retorno a su patria; la mayoría de los vocales de la Corte Superior falló: «No estando el Tribunal facultado para derogar leyes vigentes ni para discutir la constitucionalidad de sus disposiciones tiene la obligación ineludible de aplicarlas; que, en estas circunstancias, siendo el recurso de hábeas corpus un medio destinado a sancionar el imperio de la ley, cuando ésta ha sido violada no puede ser admitido

670 D. García Belaúnde, *El hábeas corpus en el Perú de hoy*, op. cit., p. 164.

671 *Ibíd.*, p. 163.

672 *Ibíd.*, p. 165.

673 J. Power Manchego-Muñoz, op. cit., p. 243.

para desautorizar actos practicados con las facultades que la misma ley establece...»⁶⁷⁴, la ley 11049, denominada Ley de Seguridad de la República⁶⁷⁵.

En su voto particular, destacaremos el pronunciado por el vocal Domingo García Rada: declaró fundada la demanda de hábeas corpus interpuesta a favor de Bustamante y Rivero. Expone: «La ley de seguridad interior de la República, ley de excepción al derecho común peruano y que, como tal, debe ser aplicada en forma restringida, es decir sólo cuando de manera indubitable el hecho controvertido se encuentre dentro de la esfera de su ordenamiento...». Añade: «No estando comprendido el caso sub-judice, dentro de los alcances precisos de la ley especial de seguridad interior de la República, debe entenderse que los preceptos constitucionales que garantizan el derecho al libre tránsito en el territorio de la República tienen pleno vigor».

Diferenciándose de la acertada interpretación de García Rada, y no rompiendo su genuflexión al poder político dictatorial, los juzgadores de la Corte Suprema de Justicia en el caso que nos ocupa sentenciaron No Haber Nulidad y que la ley de seguridad interior de la República «está vigente y opera como tal de pleno derecho, con eficacia legal incontestable, vigencia que ha sido reconocida recientemente, tanto por distintos sectores políticos como por ambas ramas del Parlamento, al reclamar su derogatoria por otra ley o al presentar diversas iniciativas con este fin, o con el de modificar algunas de sus disposiciones»⁶⁷⁶.

4.2.2 El hábeas corpus y los estados de excepción

«La libertad de la propia persona es la primera de las libertades, la primera por su contenido y la primera en el orden lógico en cuanto que es presupuesto de todas las demás libertades, del ejercicio de todos los demás derechos»⁶⁷⁷. Entendiéndola así es que el constituyente de la Carta Magna actual decidió que se garantizara la libertad individual, principalmente dotando para ello la ininterrumpida vigencia del hábeas corpus bajo los estados excepcionales; la prescripción es clara y rotunda en el penúltimo párrafo del artículo 200: «El ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo no se suspende durante la vigencia de los

⁶⁷⁴ Ídem.

⁶⁷⁵ Vid. *ibíd.*, pp. 148-149.

⁶⁷⁶ *Ibíd.*, pp. 243-244.

⁶⁷⁷ P. Cruz Villalón, *El estado de sitio y la Constitución*, op. cit., pp. 67-68.

regímenes de excepción a que se refiere el artículo 137 de la Constitución».

La libertad personal o individual en el Perú bajo los regímenes de excepción presentes en todos sus gobiernos ha sido vulnerada por largo tiempo; se podría afirmar que ésta valía muy poco, reinando una impunidad muy difícil de superar. Los que hemos tenido ocasión de ejercer como letrados en el área del derecho penal pudimos constatar esta triste realidad. Hemilio Vigo Zevallos nos remueve las conciencias sobre este tema formulando interrogantes de un contenido profundo: «De no proceder las acciones de hábeas corpus, en los estados de emergencia, ¿cómo se pondría coto a una arbitrariedad?, ¿cómo se impediría que una persona, esté detenida más de los términos ya conocidos y expresados claramente por la Carta Magna?, ¿cómo se impediría que una persona esté detenida 5, 10, 20, 30 días?, ¿se tiene que dejar al libre arbitrio de la autoridad (también de algunos funcionarios que no son autoridades y de cualquier persona), para que ésta decida, la cantidad de días, que puede mantener “secuestrada” a una persona?, ¿tiene que depender la libertad de una persona, de la sensibilidad y solidaridad o la ausencia de éstas, en una determinada autoridad?, ¿se le puede garantizar a una mala autoridad, que no se preocupe, ya que no se hará acreedor a los efectos de una acción de hábeas corpus, en un estado de emergencia?»⁶⁷⁸.

La acción de hábeas corpus mantendrá su valor y efectos intactos aun cuando la Constitución haya sido suspendida temporal y parcialmente por haberse declarado algún estado de excepción, incluso su proyección judicial va más allá del ámbito nacional, pudiéndose recurrir al derecho internacional. Consideramos un auténtico avance el que se haya dado este carácter constitucionalmente a la acción de hábeas corpus durante las crisis en la seguridad del Estado, «ya que precisamente, en los regímenes de excepción, es donde más se requiere de mecanismos, que permitan vigilar celosamente el respeto y cumplimiento de los derechos del hombre. Pues, es en dicho estado, donde se nota una mayor proclividad de ciertas autoridades, hacia la violación de algunos derechos individuales; destacando entre ellos, el que se tiene a la libertad física, en su máxima expresión»⁶⁷⁹.

678 H. Vigo Zevallos, *El hábeas corpus*, Cultural Cuzco, Lima, 1989, p. 228.

679 *Ibíd.*, p. 222.

4.2.3 Tramitación, ¿qué organismos internacionales pueden conocer las acciones de hábeas corpus denegadas en el Perú?

El Código Procesal Constitucional establece que la legitimación para interponer la demanda de hábeas corpus corresponde al agraviado o a cualquier persona en su nombre, sin necesidad de contar con poder o representación; tampoco se requiere firma de abogado ni mayores formalidades. También la puede interponer el Defensor del Pueblo. La demanda se puede presentar por escrito, verbalmente, mediante fax, correo o cualquier medio electrónico de comunicación (art. 27). Es competente para conocer de este proceso cualquier juez penal, sin importar el turno (art. 28). No caben recusaciones, salvo por parte del agraviado, y los funcionarios judiciales no pueden excusarse⁶⁸⁰; ésta puede subir en vía de apelación al tribunal superior y ante la Corte Suprema al plantearse el recurso de nulidad. Una vez agotada la vía judicial doméstica (juzgados, tribunales y Sala Penal de la Corte Suprema), en la reclamación mediante el hábeas corpus de algún derecho constitucional violado o amenazado, y siempre que se le haya denegado al presunto perjudicado su respectiva petición, puede acudir éste al Tribunal Constitucional (art. 202.2 de la Constitución)⁶⁸¹ para que el mismo conozca en vía de casación la correspondiente acción de garantía denegada.

Si la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional sigue desfavoreciendo al afectado, él puede acudir a los organismos jurisdiccionales internacionales, a fin de que conozcan sobre el fondo de su petición y, si le asiste el derecho, lo declaren así⁶⁸².

Al formar el Perú parte de la comunidad internacional, esta circunstancia le obliga a alinearse jurídicamente dentro del contexto que conforman los países miembros de un determinado organismo multinacional, acatamiento que se convierte en obligatorio desde el

680 Antes de pasar a ser *lex specialis* el precitado código en la regulación de esta acción, ya la legislación peruana había promulgado alguna norma específica para hacerla eficaz (Ley N° 23506). Así, Walter A. Díaz Zegarra expresaba: «Dada la urgencia de los derechos que cautela la acción de hábeas corpus se ha establecido que todos los días y horas son hábiles para la recepción de los atestados policiales y de los detenidos».

Tratándose de cualesquiera de las formas de detención arbitraria, el juez podrá constituirse en el lugar de los hechos y comprobada dicha detención indebida, ordenará en el mismo lugar la libertad del agraviado, sentando el acta correspondiente y sin que sea necesario notificar por escrito al responsable de la agresión para que cumpla la orden judicial» (W. A. Díaz Zegarra, *Los procesos constitucionales*, op. cit., pp. 149-150).

681 Art. 202: «Corresponde al Tribunal Constitucional: 2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento».

682 Art. 205: «Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte».

momento en que el Perú suscribe un determinado acuerdo.

Luego de haberse cumplido con las formalidades y procedimientos ante los organismos competentes (Naciones Unidas y Organización de Estados Americanos), y en el supuesto de haber sido declarada fundada la acción de hábeas corpus por los mismos, la resolución emitida por dichos tribunales automáticamente se convierte en obligatoria por el hecho de formar parte de éstos el Perú, y por tanto, hallarse sometido a su jurisdicción. Según la Disposición Final y Transitoria cuarta de la Carta Política peruana, los tratados referentes a Derechos Humanos tienen jerarquía constitucional⁶⁸³.

La Corte Suprema del Poder Judicial peruano será el órgano nacional encargado de recepcionar las resoluciones dictadas por los organismos internacionales competentes y disponer el cumplimiento y ejecución de las mismas, tanto penales como civiles: esto cuando se trata de las acciones de hábeas corpus y amparo, respectivamente. Una vez recibido el expediente por la Corte Suprema, ésta lo remitirá al juez competente.

Las mencionadas resoluciones no requieren de ninguna formalidad ni trámite alguno para su validez y eficacia. En otras palabras, el fallo surte los mismos efectos que los emitidos en última instancia por los tribunales peruanos, por lo que se hace necesario ejecutar lo que la instancia internacional pertinente resuelve. En este caso, será reponer el derecho a su estado anterior a la violación o, de lo contrario, el cese de la amenaza a determinado derecho constitucional. Claro que, en ambos casos, será posible si es que todavía el derecho no se ha convertido en irreparable, sobre todo por el tiempo que se supone ha transcurrido.

Por ejemplo, si se ha violado el derecho consagrado en el inciso 1 del art. 137 de la

⁶⁸³ Disposición Final y Transitoria cuarta: «Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú». Pero debe también recordarse que esta Disposición de la Constitución tuvo una inclusión casi subrepticia en dicha Carta, pues los constituyentes fujimoristas suprimieron de manera expresa la referencia que hacía la Constitución de 1979 al rango constitucional de las normas sobre derechos humanos contenidas en tratados internacionales, con la intención (después explicitada) de desvincularse del cumplimiento de estas normas y de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De allí que la existencia de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Carta de 1993, ahora también recogida y desarrollada en el art. V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, permite afirmar, conforme la ha asumido el Tribunal Constitucional peruano en diversas sentencias, que al interpretarse los derechos constitucionales de conformidad con los tratados sobre derechos humanos, éstos tienen rango constitucional, incluso se podría decir que hasta rango supra constitucional.

Constitución, desterrándose al perjudicado⁶⁸⁴, la resolución supranacional ordenará el regreso al país del perjudicado, por lo que la Corte Suprema debe poner en conocimiento de tal medida al Poder Ejecutivo, a fin de que éste proceda a disponer que se permita el reingreso del afectado a suelo peruano. Igual actitud asumirá la Corte Suprema en los casos de violación o amenaza del derecho contemplado en el art. 2 apartado 24 letra f), referido a la libertad individual⁶⁸⁵. Nos resistimos a creer que se mantenga una violación a ese derecho hasta que se haya agotado la jurisdicción interna y externa. «Sin embargo, en este mundo en que vivimos, todo es posible. Nada raro sería que el perjudicado, después de todo el tiempo transcurrido, en la tramitación de su acción, aún se mantenga privado de su libertad física. Sobre todo durante los estados de emergencia, en que muchas autoridades creen, tener todo el derecho, de disponer de la libertad de los demás»⁶⁸⁶.

Por otro lado, al declararse fundada una acción de hábeas corpus en los fueros internacionales, la Corte Suprema remitirá todo lo actuado –luego de haber ejecutado la resolución– al Fiscal de la Nación, para que éste a su vez lo canalice al Fiscal Provincial de turno en lo penal a fin que cumpla con formular la denuncia penal correspondiente ante el respectivo Juez Instructor contra los responsables de la arbitrariedad. En caso que la violación del derecho haya correspondido a un Juez de primera instancia, la formulación de la denuncia le corresponderá hacerla al Fiscal Superior en lo penal de turno, quien ha de presentarla ante el Tribunal Correccional competente. La Corte Suprema, por celeridad, puede también remitir directamente lo actuado al Fiscal Provincial o Fiscal Superior, según sea el caso.

684 Art. 137.1: «En ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie».

685 Art. 2.24. f): «Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito.

El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia.

Estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas. En tales casos, las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales. Deben dar cuenta al Ministerio Público y al juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho término».

686 H. Vigo Zevallos, op. cit., p. 240.

CONCLUSIONES

1. Dividida la historia del proceso del estado de excepción en cuatro etapas, cada una de las cuales tiene características propias que la diferencia de las otras, vemos que:
 - (a) Dentro de la Edad Antigua, en la República Romana (509-27 a. J. C.) surge el antecedente más serio de los estados de excepción: la dictadura. Ésta fue la herramienta idónea utilizada allí para hacer frente a la emergencia de circunstancias extraordinarias que pudieran afectarla, siendo decidido su uso o no por el Senado, el mismo quien dejaba en manos de uno de los dos cónsules que designara a ese súper magistrado llamado "dictador", el cual era encargado de dirigir y practicar la precitada institución excepcional investido de todos los poderes (excepto el de hacer leyes) por un período de seis meses; expirado dicho plazo, el dictador perdía *ipso facto* tal condición, empero, se procedía a otra dictadura y nombramiento de dictador si la causa que dio paso a aquélla no hubiera sido superada. El fin a que tiende la acción de la dictadura es proteger el mantenimiento del orden constitucional existente amenazado o atacado por peligrosos subversores.
 - (b) En la Edad Media, exactamente en el s. XII, aparece una idea encaminada a la conservación de la comunidad. Desde ese momento, un arte, una ciencia, una lógica específicos coadyuvan a la preservación de un reino y su máxima cabeza, lo que se denomina *ratio status regis regni*; pero el concepto de excepción en la observancia de los preceptos jurídicos está ausente, ignorándose un derecho exorbitante que posibilitara la suspensión de garantías frente a las crisis. Establecido el tema de la salvaguardia de la comunidad, se da paso irremisiblemente a la *necessitas*; con ella, si hasta entonces las ineludibles preocupaciones religiosas eran la guía en la conducción de los principados, ahora, la salvación de la comunidad será el argumento certero para hacer excepciones ante los deberes cristianos y frente a un derecho que no tenía por qué ser intangible ante unas circunstancias tan graves que podrían menoscabar y destruir la vida de la comunidad.
 - (c) Pasando a la exposición de doctrinas y opiniones particulares relativas a la esfera estricta del estado de excepción en la Edad Moderna (s. XVI), revélanse Maquiavelo y Bodin,

con las obras *El príncipe* y *Los seis libros de la República*, respectivamente, contra la rutina establecida en el Medioevo. Cupo a Maquiavelo invertir la problemática medieval de lo excepcional: dando un salto gigantesco en relación con los mil años de oscurantismo de la Edad Media, prescinde de consideraciones morales y religiosas –por vez primera, resalta la autonomía de lo político– para en forma fría, desapasionada, pragmática, desvelar los mecanismos del poder y suministrar consejos distintos al príncipe en la conducción del *Stato*. Aquél recurrirá a la violencia –respaldado por un ejército nacional– para vencer conspiraciones, hacer frente a invasores o apaciguar rebeliones o revueltas; el gobernante no debe valerse de la violencia más que en épocas de crisis, de debilitamiento del Estado, de peligro; piensa que la vida, la conservación de la comunidad están por encima de todo, importando nada los medios a utilizarse en su defensa y salvación. Se yergue como un precursor de las futuras teorías de la razón de Estado y autor de un nuevo argumentario del derecho de excepción.

Bodin, por otro lado, posee el gran mérito de haber planteado de manera iniciática en la historia de la teoría política el tema de la soberanía del Estado. A fin de que sea posible la existencia y buena salud de éste (cuestión que interesa al estado de excepción), señala el teórico francés, tendrá que haber imprescindiblemente un órgano, una única instancia de donde salen las leyes, vale decir, un poder soberano sobre todos, ostentador exclusivo de la facultad de promulgar normas: al entrar en vigencia éstas, su observancia será obligatoria para todos los súbditos, pudiéndose recurrir a la coacción en caso de vulneración.

Posteriormente a estos dos pensadores, hay un grupo de homólogos suyos que recoge o amplía cuanto escribieron sobre este aspecto tan importante del arte o ciencia de gobernar.

- (d) Hoy en día no se puede concebir la existencia de un país –de su Estado de Derecho– sin el soporte de un estado de excepción incorporado con distinta extensión, exactitud y profundidad en las normas constitucionales europeas ya bien entrado el siglo XIX, siguiendo en alguna medida lo determinado por la Constitución estadounidense de 1787, cuando prescribe que el hábeas corpus sólo será suspendido en caso de que la seguridad pública lo requiera por motivos de rebelión o invasión (inciso 2 de la Novena Sección del Artículo Uno).

Aun cuando definir al estado de excepción contemporáneo no termina de superar la espinosa dificultad de la controversia, sin embargo, debe considerársele en nuestros días como una entidad nueva –no rompiendo su conexión con las etapas anteriores– que ha de servir a necesidades diferentes y, por lo tanto, ser planeada orgánicamente con caracteres peculiares.

2. Podríamos exponer a continuación las características esenciales del estado de excepción:

- (a) Asunción de los distintos poderes y facultades extraordinarias por un único detentador, siendo éste normalmente el Poder Ejecutivo, y con el objetivo de actuar con la celeridad y eficacia exigidas por la excepcionalidad de las circunstancias.
- (b) La amenaza de un peligro inminente o la existencia de hechos graves en el ámbito social, político, económico; asimismo, se busca hacer frente a posibles guerras internas y/o exteriores o eventuales catástrofes naturales o producidas por la mano del hombre.
- (c) Temporalidad. El estado de excepción está formalmente dominado por la transitoriedad de su vigencia. El mismo no supone un derecho normal y ello hace que, agotada su vigencia, deje de ser el derecho aplicable, inclusive a situaciones acaecidas durante aquélla.
- (d) El *finis ultimus* del estado de excepción es ser la atalaya, el defensor del ejercicio pleno de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, aunque para ello se recorte temporalmente el ejercicio de tales derechos.
- (e) Aplicación de los principios de necesidad y proporcionalidad, lo que significa, inequívocamente, que las medidas a adoptar en el estado de excepción serán en cualquier caso las estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad, debiendo efectuarse su aplicación de manera proporcionada a las circunstancias imperantes. Los efectos también se hacen extensibles a la duración, obligando a la autoridad correspondiente a levantar anteladamente el estado excepcional en el momento en que ello sea factible, al margen de que en la declaración se previera una duración aún no extinguida.

- (f) La declaración del estado de excepción no se interpretará como un atentado o destrucción del Estado de Derecho, del ordenamiento constitucional; puede suponer en un determinado momento la negación temporal del régimen constitucional en principio previsto, pero su pretensión, muy por el contrario, será mantener la eficacia de la Constitución como principio alternativo de emergencia y facilitar la vuelta ordenada a la Constitución ordinaria, legítima luego de superarse la crisis.
 - (g) Vigencia inmediata. El carácter peculiar del estado de excepción exige cierta limitación del principio de seguridad jurídica, entendiéndose en la forma inmediata con que entra en vigor, si bien ulteriormente a su publicación en el Boletín Oficial del país en cuestión.
 - (h) Publicidad. Declarado el estado de excepción, entra a actuar un instituto excepcional específico; éste requiere ser difundido por todos los medios de comunicación posibles, ya no sólo públicos sino también privados.
 - (i) Responsabilidad. Esto se traduce en que los poderes públicos, los órganos del Estado y sus agentes, implicados en la ejecución del estado de excepción, serán responsables por la comisión de probables vulneraciones de la ley; el Estado de Derecho le garantiza a todo ciudadano que se sienta afectado, recurrir a la vía judicial para el respeto de sus derechos.
3. A lo largo de los siglos XX y el presente, los países andinos, en su ordenamiento constitucional, han configurado un modelo de derecho de excepción que catalogamos como claramente clásico dentro del Estado de Derecho, fundado en la previsión, en posibles situaciones de emergencia; ello es el resultado de distintas modificaciones puntuales y concretas llevadas a cabo en los textos constitucionales. El aludido derecho de excepción se diversifica en una pluralidad de instituciones excepcionales, estando cada una comprendida por una especificidad, un supuesto particular de emergencia: verbigracia, estado de asamblea en caso de guerra, estado de catástrofe en caso de siniestros, estado de conmoción interior, estado de emergencia, estado de emergencia económica, estado de excepción, estado de guerra exterior, estado de sitio.
4. Las especiales condiciones económicas, sociales, políticas, psicológicas y demográficas en

que descansa la sociedad andina han dado origen a un régimen político-constitucional de muy particulares características. Las Constituciones de la región han configurado Poderes Ejecutivos investidos de tan amplias facultades que superan a las concedidas al presidente de los Estados Unidos, más aún cuando entra a hacerse efectiva la declaración de un estado de excepción: el jefe del Ejecutivo se convierte en una suerte de jerarquía suprema, perteneciéndole en la práctica el *dominium mundi* dentro del escenario donde se ha suspendido la Constitución.

5. Esas naciones organizadas sobre principios democráticos y republicanos, con la llegada de su última oleada de transiciones democráticas –producida desde mediados de los 70 a comienzos de los 90– reafirmaron como únicas depositarias de la soberanía nacional a sus correspondientes ciudadanías, aunque en el caso de Chile se observaran islas autoritarias. En este concierto de Estados, el derecho de elegir a los gobernantes se va consolidando, dejando de ser aquel privilegio parcial, ejercido de tiempo en tiempo en función de la voluntad de los militares: la confianza en el valor del sufragio universal como factor de transformación va tomando mayor cuerpo con el objeto de superar una democracia todavía algo frágil.

Una de las cuestiones más delicadas a resolver por ella es la que se refiere a los derechos humanos; no se puede negar el inmenso esfuerzo hecho en esta materia, habiendo modificado los países andinos sus ordenamientos jurídicos a efectos de hacer suyo lo expresado por los distintos instrumentos legales internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su protocolo facultativo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, etc.

6. Los jueces de todas las instancias que actuaron dentro de las fronteras de los Estados andinos, de acuerdo con las Constituciones vigentes de tiempos pasados, expidieron habitualmente sentencias denegatorias ante recursos de hábeas corpus presentados bajo períodos de estados excepcionales, sosteniendo que los mismos resultaban improcedentes cuando se encuentran suspendidos los derechos que protegen: el derecho fue tenido entonces en mínima consideración; a decir verdad, incluso hubo ocasiones en que los argumentos esgrimidos por aquéllos carecieron de sustentación jurídica (la Corte Suprema chilena de 1973, que había jugado al golpe, avalará las violaciones de los derechos humanos,

desconociendo el hábeas corpus, dejando que el Ejecutivo pinochetista utilizara ilimitadamente la disposición que permite el confinamiento de personas; la Corte Suprema argentina, tras el golpe de Estado de 1976, se abstuvo de conocer los requerimientos ciudadanos de hábeas corpus, que se hacían numerosos ante el torrente de desapariciones y secuestros oficiales: de las 7.067 solicitudes de hábeas corpus que se presentaron entre el primero de abril de 1976 y el 30 de junio de 1979, la inmensa mayoría no tuvo ningún resultado positivo).

Ante tal indefensión de los ciudadanos, en una Opinión Consultiva de 1987, la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que, entre las garantías judiciales que no pueden ser objeto de suspensión durante los regímenes de excepción, se debe considerar el hábeas corpus. Algunos textos constitucionales andinos de los últimos tiempos acertadamente han dado el mismo carácter al hábeas corpus durante la declaración de los estados de excepción: verbigracia, Perú (art. 200.6), Venezuela (art. 27).

7. El estudio y la clasificación de los estados de excepción en Chile nos conduce a advertir que no podemos hacer prescindencia de relacionarlos con el régimen de Augusto Pinochet; su derecho de excepción lo tuvo como principal inspirador. Pues durante sus casi 20 años de dictadura, se asiste a una utilización desnaturalizada y pervertida del estado de excepción destinado a los puros intereses de la dictadura. Entre las primeras medidas adoptadas por el régimen autoritario estuvieron la declaración del estado de sitio (D. L. N° 3), la declaración del estado de emergencia (D. L. N° 4), la declaración de que el estado de sitio debe entenderse como estado o tiempo de guerra (D. L. N° 5): legislación ordinaria y derecho de excepción se comportan no como dos modalidades de ser del Estado de Derecho sino como dos formas de ausencia de libertad. Los institutos de excepción no suponen ahora la suspensión del constitucionalismo *pro tempore* sino la solidificación o confirmación de un gobierno golpista, ya que adquieren carácter permanente.

En la Constitución chilena de 1980, la impronta del pensamiento y las ambiciones de Pinochet resultan patentes en su redacción; el estado de excepción no escapa a ello. La ulterior democracia, decidida a alcanzar un sistema con justicia y libertades, ha hecho esfuerzos por enmendar un derecho de excepción que hacía del jefe de Estado un gobernante con poder

exorbitante.

La citada Constitución, reformada en alguna medida por la democracia, no prevé un estado excepcional único, sino un conjunto de estados de excepción expresamente mencionados en los arts. 40-42: estado de asamblea (en caso de guerra exterior), estado de sitio (en caso de guerra interna o grave conmoción interior), estado de catástrofe (en caso de calamidad pública) y estado de emergencia (en caso de grave alteración del orden público o de grave daño para la seguridad de la Nación). Los extremos de los estados de excepción regulados en la Constitución son complementados por la Ley Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción.

8. Perú fue una de las Naciones andinas donde las características clásicas del estado de excepción se vieron trastocadas, significando poco qué régimen –dictatorial o democrático– estuviera de turno en el gobierno; de ahí que se aseverara antaño que lo normal en el país era estar bajo un estado de excepción. Durante los 19 años de hallarse en vigor la actual Carta Magna, el tiempo de emergencia por momentos pasa a ser cotidiano y dilatado, pese a haberse derrotado al terrorismo.

En tiempos nada lejanos, la máxima expresión de cómo el estado de excepción ha sido desvirtuado de su índole temporal con un estado de emergencia permanente, la representa el gobierno del presidente Alberto Fujimori, en cuya legislatura (1990-2000) prácticamente no hubo mes en que la Constitución no fuera sacrificada con una suspensión parcial.

Todavía en 2012 se recurría, aunque en menor cuantía, a la declaración del estado de emergencia a fin de neutralizar protestas socioambientales motivadas por la explotación de ciertas zonas mineras (Cuzco, Cajamarca).

La Carta Fundamental peruana de 1993, como viene siendo usual en otras legislaciones políticas de diferentes países y calcando lo expresado de su antecesora de 1979 (art. 231, apartados a y b), contiene una multiplicidad de estados excepcionales dentro de su derecho de excepción (art. 137, apartados 1 y 2, respectivamente): estado de emergencia (en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación) y de sitio (en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil o peligro

inminente de que se produzcan). El nombrado Código Político no ha contemplado la posible existencia de una ley orgánica para regular las implicaciones propias que entraña el derecho de excepción peruano con sus diversas instituciones y el papel a desempeñar por parte del Poder Ejecutivo, las Fuerzas Armadas y Policiales. Llama nuestra atención que hayan bastado las solas disposiciones constitucionales para confirmar una vez más en el caso peruano aquello que se suele asegurar: que el estado excepcional es la hora del Ejecutivo.

9. Consideramos de importante conveniencia emprender distintas reformas a las Constituciones andinas vigentes, al igual que elaborar y aprobar leyes complementarias que posibiliten el cubrimiento de las lagunas contenidas por sus respectivos textos y, sobre todo, impidan que la especial concesión de facultades, prerrogativas al Poder Ejecutivo en situaciones de emergencia, se tornen en un exceso y desviación de poder apoyados en el tenor ambiguo de ciertas disposiciones legales reguladoras de los estados de excepción: no existe una sola nación en los Andes donde esa anomalía sea desconocida por propia experiencia.

Proponemos como tales reformas:

- (a) Modificar los arts. 137, 164 y 23 de las Constituciones boliviana, ecuatoriana y argentina, respectivamente, para establecer que los supuestos de situaciones de emergencia aparecidos en ellas con una sola denominación general queden claramente expuestos, por lo menos, en dos estados excepcionales.

Un primer estado de excepción sería para el caso de perturbación de la paz o del orden internos por circunstancias políticas o sociales, abarcando incluso hipótesis de terrorismo o de grupos guerrilleros. Aquí no habría una sustancial ampliación de competencias del poder civil al sector militar, lo único que existiría (en el peor de los casos) es la subrogación de las autoridades castrenses a las civiles en misiones de restablecimiento y mantenimiento del orden público.

Un segundo estado de excepción tendría el objeto de acometer y resolver los casos de invasión, guerra exterior y/o civil o ante la amenaza inminente de que se lleven a cabo.

Esta tipología de los estados de excepción debiera definirse, al menos, con dos denominaciones específicas, por contener situaciones de índole muy diferente: verbigracia, estado de excepción para el primer supuesto y estado de sitio para el segundo. Rechazamos constitucionalizar los supuestos de calamidad pública o desastre natural (aparecidos allí y en otros textos constitucionales de la región), hechos que podrían perfectamente ser atendidos y regulados por leyes propias que hagan más eficaz remediar posibles emergencias tecnológicas o naturales, antes que esperar que el máximo mandatario del país declare un estado excepcional.

(b) Modificar la letra de la Constitución en los artículos 40.3 (Chile), 213 y 215 (Colombia), 166 (Ecuador) y 137.1 (Perú), que dispone que para la prórroga de estados de excepción sólo se requiere de un nuevo decreto supremo expedido por el Presidente de la República con acuerdo del Consejo de Ministros (excepto en Ecuador, donde basta la sola voluntad del Jefe del Ejecutivo). A fin de ser más acorde con la dura realidad vivida, y con la intención de establecer un control político y evitar prórrogas abusivas, se hace menester que la naturaleza de la prórroga varíe por completo para convertirla en una institución excepcional parlamentaria, exigiéndose que sin la participación y autorización del Parlamento (donde, normalmente, se tratan los diferentes asuntos de Estado con mayor análisis y reflexión), esos estados de excepción no puedan ser prorrogados.

(c) Introducir en el tenor de los artículos 23 (Argentina), 39 (Chile) y 137.1 (Perú), en la parte que permite que se suspendan derechos bajo la declaración de estados excepcionales, un texto que reconozca de forma expresa que existen derechos que no son susceptibles de ser suspendidos durante los mencionados períodos; tales derechos son los precisados en el art. 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo efecto supranacional también tiene alcance constitucional.

(d) Incorporar un precepto en las Cartas Fundamentales de los Estados andinos en el cual se consagre que los jueces que ejerzan su función jurisdiccional durante los estados de emergencia tengan la atribución del control de la razonabilidad de las aprehensiones realizadas en dicho tiempo (como por ejemplo la peruana, que ya fija dicha atribución en su art. 200).

(e) Modificar los Códigos Políticos de los arts. 19.7.c (Chile), 28 (Colombia), 2.24.f (Perú) y 44.1 (Venezuela), que han determinado que la persona detenida de forma preventiva, sea puesta por la autoridad pertinente a disposición del juez competente, en un plazo mayor a las veinticuatro horas, aduciéndose como justificación la investigación de hechos que son calificados por la ley como conductas de terrorismo, espionaje o narcotráfico.

Creemos que, en la transformación natural de la cultura jurídica de occidente, es un signo poco esperanzador para la evolución del derecho mantener a un ciudadano más allá de las veinticuatro horas en estaciones policiales o cuarteles militares, desaprovechando los mecanismos modernos de comunicación y los avances científicos y tecnológicos; y el asunto adquiere ribetes de dramatismo inimaginable cuando tales detenciones se llevan a cabo bajo la declaración de estados de excepción. Y vamos más allá: incluso ante una presunta comisión delictiva hartó probada, el presunto autor debiera ser puesto en menos de doce horas a disposición judicial; ésa es, a nuestro entender, la fórmula más eficaz de luchar contra la tortura, los tratos crueles, inhumanos o degradantes, las desapariciones forzadas y las ejecuciones extrajudiciales llevadas a cabo por efectivos de las Fuerzas Policiales y Armadas, que tanto nos sobresaltaron por su volumen y refinamiento en la acción.

He aquí las nuevas leyes ordinarias que propugnaríamos:

- a) Una nueva ley orgánica del Poder Ejecutivo peruano sustitutiva de la vigente, pues la de 2007 adolece de vacíos en las tareas del Consejo de Ministros. Al igual que su predecesora de 1862, no se atreve a normativizar en cuanto a mayorías requeridas en las decisiones producidas en su seno. Cuando menos, creemos que se podría exigir un acuerdo por parte de sus miembros en materia de estados de excepción por mayoría simple. Tal requisito constituiría una herramienta contra probables excesos del Jefe del Ejecutivo.
- b) Una ley específica complementaria de las Constituciones de Argentina, Bolivia,

Colombia y Perú que regule todo lo concerniente a los estados de excepción.

10. Esa ley, exactamente, sería una ley orgánica cuyo contenido desarrollaría lo establecido por la Norma Constitucional en cuestiones de estados de excepción, es decir, la actuación de las autoridades civiles, policiales y pertenecientes a las Fuerzas Armadas cuando se declare un estado de emergencia, entre otros asuntos:

- a) Se declarará un estado excepcional autorizado por la Carta Fundamental únicamente cuando se presenten los diversos supuestos tipificados por la misma, abarcando la medida parcial o totalmente el territorio nacional por un tiempo determinado y en caso de verse desbordadas las facultades ordinarias que la ley asigna a las autoridades.
- b) El conjunto de facultades extraordinarias dadas a las autoridades civiles y militares no tiene otro fin que coadyuvar al retorno a la normalidad y a la Constitución ordinaria como sustento esencial del sistema de la democracia.
- c) La declaración de los estados excepcionales no interrumpe ni obstaculiza el funcionamiento de los tres poderes del Estado. Agotada aquélla, pierden su vigor las disposiciones excepcionales que se hubieren dictado a efectos de remediar estados de patología política.
- d) El decreto supremo mediante el cual se declaran los estados de excepción será refrendado por los Ministros exigidos por la ley para dictar las disposiciones que correspondan a las circunstancias que lo determinan, debiéndose fijar en él las libertades y derechos que caigan en suspensión.
- e) El decreto supremo puede entrar en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario o Boletín Oficial del país y en los medios de comunicación públicos y privados.
- f) Los actos de las autoridades investidas de prerrogativas especiales y sus decisiones

adoptadas bajo los períodos de excepción serán susceptibles de impugnación ante el Poder Judicial, no esperándose a la extinción de la vigencia de la declaración de un estado de excepción frente a hechos de suma gravedad atentatorios contra los derechos humanos protegidos por la ley.

- g) Ante las detenciones llevadas a cabo por efectivos policiales o militares, consideramos imprescindible para garantizar la seguridad jurídica del detenido dar comunicación en el día al Ministerio Público y al juez de turno, respetándose escrupulosamente su derecho de comunicación con un letrado, y en caso de no haberlo por lo inhóspito del lugar, con un representante de una ONG (no olvidamos el noble papel que cumpliera Human Rights Watch en las zonas de emergencia en el Perú entre los años 1980 y 2000).
- h) Los actos de registros domiciliarios efectuados por miembros de las Fuerzas Policiales y Armadas serán siempre acompañados por un representante del Ministerio Público y filmados íntegramente, incorporándose así los adelantos tecnológicos para la mejor defensa, acusación y juzgamiento de un presunto hecho delictivo; se practicarán siempre bajo la autorización del juez competente, quien dictará la orden de manera escrita.
- i) Bajo los estados de situaciones de emergencia, la autoridad competente, ya sea civil o militar, está facultada para exigir y recibir todas las facilidades por parte de los funcionarios y trabajadores públicos en la labor de protección de los ciudadanos, de la propiedad privada, pública, incluso se podrán fijar servicios extraordinarios en tiempo y naturaleza.
- j) Presentadas situaciones de emergencia: gran invasión, guerra externa o interna o grave amenaza de que acontezcan de forma inminente, y declarado el consecuente estado de sitio, se contará con la actuación de las Fuerzas Armadas en la aplicación efectiva.
- k) Sometida una zona a estado de excepción, el control del orden interno será efectuado

obedeciéndose el programa de defensa preparado por el organismo castrense competente y aprobado por el Jefe del Poder Ejecutivo, con acuerdo del Consejo de Ministros. El área afectada quedará subordinada al alto oficial militar que designe el Presidente de la República, precisándose con meridiana claridad sus funciones.

- l) Simultaneando con las medidas extraordinarias adoptadas en cualquiera de los dos estados de excepción antes referidos, el Presidente de la República, con la aprobación del Consejo de Ministros, y dando cuenta al Parlamento, podrá acordar a fin de restaurar en el menor tiempo posible la vida de la Nación democrática:
 1. restringir la libertad de locomoción, fijándose de forma explícita el espacio temporal y territorial; tal limitación también comprenderá al tránsito vehicular;
 2. disponer requisiciones de bienes, o todo tipo de objetos o materiales, que pudieron ser empleados o podrían utilizarse para la comisión de un ilícito;
 3. intervenir por tiempo determinado y hacer funcionar organizadamente ferrocarriles, aeropuertos, puertos, talleres, fábricas a efectos de superar eventuales anomalías;
 4. controlar el aprovechamiento de los servicios y aplicar un racionamiento en el consumo de bienes de primera necesidad, fiscalizando incluso la buena marcha de los mercados;
 5. llevar a cabo los necesarios actos extraordinarios de carácter administrativo buscando el funcionamiento normal de los servicios públicos.
- m) Respetar y facilitar la realización de las sesiones de trabajo de los distintos órganos de las agrupaciones políticas en los diferentes niveles legalmente constituidos y registrados cuando se haya declarado cualquier estado de emergencia. Se mantendrá intacto el derecho de inviolabilidad de sus locales, salvo lo dispuesto por mandato judicial o por estar perpetrándose un flagrante delito o hecho eventual que ponga en grave riesgo el mantenimiento de esos edificios o la salud y vida de sus ocupantes.
- n) Las autoridades competentes podrán suspender inmediatamente en el ejercicio de sus cargos a los funcionarios que no cumplan con las órdenes dadas durante la vigencia de un estado excepcional.

***The state of emergency in the Andean
Constitutionalism: special
Consideration Chile and Peru***

Faculty of Law of the Universidad
Complutense de Madrid

Department of Constitutional Law

Author: Juan Carlos León Zaa

Director: Antonio de Cabo de la Vega

INTRODUCTION

The object of study of our thesis has been the state of emergency treatment within the constitutional system of the Andean nations (Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Perú, and Venezuela). This has been a demanding task: it would be necessary to write at least several volumes to address matters of such importance.

We start, printing exceptional states and the suspension of guarantees have accounted for the rulers of the region the tools "suitable" to maintain the status quo, drawing, should be required, to the invocations of dummy joints.

If it is true that on the one hand, these countries have held up so far this century periods of constitutionalism, on the other, there were constant interruptions numerous violent tragic..

The title of our academic work is «The state of emergency in the Andean constitutionalism: special consideration of Chile and Peru», whose ultimate aim is none other than a thesis erected at least scope to contribute to some extent within the vast constitutional task.

The work consists of two parts. The first, «Origin historical and legal-constitutional state of emergency» is divided into four chapters, showing everyone how was in a state of emergency drawn out at different ages of history.

It is in the second part of this work, «The state of emergency in the Andean

constitutionalism», where we put our utmost attention to make an approach to the issue in question, trying not to miss the most transcendent, dealing individually of Nations in the field of emergency have a strong experience.

OBJECTIVES

Among the various objectives we seek, we might note synthetically both.

On the one hand, we want to contribute to improving knowledge about state of emergency: what it is, its serious implications, how it has affected over much of our existence in the West and especially in the countries of the Andes. Just knowing well what it entails far should know reach.

On the other, we want to help strengthen the feeling in the area, awareness of constitutionalism, democracy and its noblest fruit: the rule of law. From this we should know that when they are ground or hijack situation not only brings such a restriction or suspension of fundamental rights but also brings problems social, political and even economic, bone, hampers development.

RESULTS

Despite the lack of written material in some aspects of the chosen topic, however, we do find a number of articles oceanic magazines, newspapers, books, reports, etc.. Other. All this and the trips made by the Andes (I was fortunate, for example, benefit from the magnificent library of the Andean Community of Jurists) have allowed me to document myself and check properly that the powerful resource that states have in the states of emergency it was during times one instrument used extensive ad nauseum and becoming a subjugating weapon of catastrophic consequences.

Among the information collected and the results are:

10. In the XX and the present, the Andean countries, in its constitutional, have created a model law that we consider clearly than classic in the rule of law, based on the forecast, in possible emergency situations, it is the result of different specific and concrete changes carried out in the constitutions.
Two.
11. The special economic, social, political, psychological and demographic resting Andean societies have given rise to political-constitutional regime very particular characteristics. The Constitutions of the executive branch have shaped region whose powers exceed those granted to the President of the United States, especially when it comes to be enforced the declaration of a state of emergency.
12. Those nations organized on democratic and republican principles, with the arrival of its latest wave of democratic transitions produced from mid-70s to early 90s - reaffirmed as the only depository of national sovereignty to their respective citizenship, although in the case of islands were observed authoritarian Chile. One of the most sensitive issues to resolve for democracy is the respect for human rights.

13. The judges of all instances they acted within the boundaries of the Andean States, according to the Constitutions of the past, usually issued rulings refusing to habeas corpus filed under periods of exceptional states, arguing that these proved unfounded when rights are suspended to protect. Some Andean constitutions in recent times have rightly given the very nature of habeas corpus during the declaration of states of emergency.
14. The study and classification of states of emergency in Chile leads us to realize that we cannot relate without the regime of Augusto Pinochet, the right to except it had as main inspiration. For during his nearly 20 years of dictatorship, attends a perverted use denatured state of emergency aimed at the pure interest of the dictatorship
15. Peru was one of the Andean nations where the classic features of the state of emergency were unaffected, meaning little to democratic or dictatorial regime-shift-was in government, hence He claimed once that is normal in the country was to be under a state of emergency. During the 19 years of being in effect the current Constitution, the emergency time becomes everyday moments and dilated, despite having defeated terrorism.

In no distant time, the ultimate expression of how the state of exception has been distorted from its temporary nature a permanent state of emergency represents the government of President Alberto Fujimori.

CONCLUSIONS

We consider important convenience undertake various reforms to the existing Andean Constitutions, as well as develop and adopt additional laws that allow coverage of gaps contained by their texts and, above all, to prevent the granting of special powers, prerogatives to the executive branch in emergency situations, must become excess and misuse of power supported by the ambiguous wording of certain legal provisions governing states of emergency: there is not a single nation in the Andes where the anomaly is unknown from experience.

Today you cannot conceive of a country - its rule of law - without the support of a state of emergency incorporated with different length, accuracy and depth in European constitutional norms well into the nineteenth century, according to some as determined by the U.S. Constitution of 1787, when it prescribes that habeas corpus can only be suspended if the public safety requires it for reasons of rebellion or invasion (section 2 of the Ninth Section of Section One).

Although the state of emergency define contemporary finishes not overcome the thorny difficulty of the controversy, however, must be regarded today as a new entity - not breaking its connection with the previous stages - that is to serve different needs and therefore be planned organically with peculiar characters.

We believe that the natural transformation of the legal culture of the West, is a very encouraging sign for the evolution of the right to keep a citizen beyond twenty-four hours in police stations or military barracks, wasting modern communication mechanisms and scientific advances and technology, and Case acquires unimaginable drama piping when such arrests are carried out under the declaration of states of emergency. And we go further: even before a crime commission alleged sick proven, the alleged perpetrator should be put in less than twelve hours to justice, that is,

to our knowledge, the most effective formula to fight against torture, cruel, inhuman or degrading treatment, enforced disappearances and extrajudicial executions carried out by members of the Police and Armed Forces, which startle us both by volume and refinement in action.

We propose to establish for a single denomination Constitutions generally divide the concept at least two exceptional states.

A first state of emergency would be in the case of breach of the peace or internal order by political or social circumstances, embracing even hypothesis terrorism or guerrilla groups.

A second state of emergency would be the object of the tackle the cases of invasion, civil or foreign war or imminent threat of being carried out.

This type of state of emergency should be defined, at least two specific names: state of emergency for the first course and a state of siege for the second. Constitutionalize reject the assumptions of natural disasters or major accidents, events that might well be addressed and regulated by its own laws to make more effective remedy any natural or technological emergencies.

We believe that the states of emergency to be extended if it is not being required the participation and authorization of Parliament (which usually covers the various affairs of state with further analysis and reflection).

It is necessary to create a text that explicitly recognizes that there are rights that are not likely to be suspended during such periods.

To give context to these proposals requires the advocacy of an organic law which develop content established by Constitutional Rule states of emergency issues, and the actions of the authorities, the police and members of the Armed Forces when declare a state of emergency.

Discharge would round it up to here warning that no constitutional (rule of law) as to maintain work force-and the best state of emergency as one of its main supporters-if the couple there is no active people watcher, such a regime, breaking his indifference with daily defense of democracy.

That formula gains greater value in the event of the concert the countries of the Andean region, where it is clear that you have to work to reach higher levels in order to prevail the rule of law against all.

Bibliografía

II Informe Nacional de los Objetivos de Desarrollo del Milenio-Ecuador 2007. Alianzas para el desarrollo, Sistema de las Naciones Unidas en el Ecuador y Gobierno Nacional del Ecuador.

Alirio Abreu Burelli, *Situación de los Derechos Humanos en Venezuela*, PROVEA, Caracas, 1997, 353 pp.

«Abuelas de Plaza de Mayo encontró otro nieto», en *Clarín*(21 de septiembre de 2006).

Alberto Adrianzén y otros, *Democracia, etnicidad y violencia política en los países andinos*, IFEA/IEP, Lima, 1993, 288 pp.

Manuel Aguirre Roca, «Nacimiento, vía crucis y muerte del Tribunal Constitucional del Perú», en *Derechos fundamentales e interpretación constitucional*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1997, pp. 115 a 145.

Julio Alba Bravo, *La década difícil*, [s. n.], Lima, 1989, 271 pp.

José Albino Tinetti, «Los derechos humanos y el régimen de excepción», en *Lecturas sobre derechos humanos*, Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, ONUSAL División de Derechos Humanos, San Salvador, 1994, pp. 202 a 236.

Alicia Alonso y otras, *Historia de la Humanidad*, vol. 20, Arlanza, Madrid, 2000, 114 pp.

Manuel Altozano, «Quince días bajo disciplina militar», en *El País* (5 de diciembre de 2010), p. 15.

Lizardo Alzamora Silva, *Programa razonado de Derecho Constitucional del Perú*, Primera parte «Historia constitucional del Perú», Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1944, 163 pp.

Americas Watch, *Una guerra desesperada: los Derechos Humanos en el Perú después de una década de democracia y violencia (Informe de Americas Watch)*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1990, 130 pp.

Apiano, *Historia romana*, tomo II, traducción de Antonio Sancho Royo, Gredos, Madrid, 1985, 329 pp.

José Luis Aranguren, *Ética y política*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1996, 186 pp.

José Luis Aranguren, *Moral y sociedad*, 4ª edición, Cuadernos para el diálogo, Madrid, 1970, 202 pp.

Antonio Aranibar, «El marco latinoamericano de la democracia en la región andina: patrones, instituciones y actores políticos», en *Los problemas de la democracia en la región andina*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 2001, pp. 15 a 32.

Germán Arciniegas, *Entre la libertad y el miedo*, Cuadernos Americanos, México D.F., 1952, 362 pp.

Argentina, *Constitución de la Nación Argentina*, 9ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1999.

César Arias Quincot, «Orígenes, desarrollo y caída del fujimorato», en *Las tareas de la transición democrática*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 2001, pp. 15 a 29.

Juan Federico Arriola, *Teoría general de la dictadura*, Trillar, México, 1993, 212 pp.

Michelle Bachelet, «Laberintos de cristal», en *El País. Extra América Latina* (23 de julio de 2010), p. 4.

Guillaume Bacot, *La Doctrine de la Guerre Juste*, Economica, París, 1989, 86 pp.

Bertrand Badie y Dominique Vidal, *El estado del mundo*, traducción de Francisco López Martín, Akal, Madrid, 2010, 635 pp.

Martín Antonio Balza, «Memorias de un general retirado», en *II Congreso Internacional sobre Víctimas del Terrorismo*, Colombia, 2005, 192 pp.

R. Baño, «Entre el Modelo Económico y el proyecto político», en dossier *Las Modernizaciones*, Ediciones Chile América, Santiago, s/f.

Corrado Barbagallo, *Una misura eccezionale dei romani. Senatus Consultum Ultimum*, Roma 1900, reedición Jovene, Roma, 1980, 137 pp.

Jorge Basadre, *Historia de la República*, tomo I, 5ª edición aumentada y corregida, Editorial Universitaria, Lima, 1963.

Jorge Basadre, *Historia de la República*, tomo VIII, 5ª edición aumentada y corregida, Editorial Universitaria, Lima, 1963.

Víctor Andrés Belaúnde, *El debate constitucional: discurso en la Asamblea 1931-1932*, Lima, 1966, 323 pp.

Enrique Bernalles Ballesteros, «Aspectos constitucionales de la transición democrática», en *Las tareas de la transición democrática*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 2001, pp. 33 a 58.

Enrique Bernalles Ballesteros con la colaboración de Alberto Otárola Peñaranda, *La Constitución de 1993. Análisis comparado*, 4ª edición, Rao Jurídica, Lima, 1998, 924 pp.

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, «Defensor del Pueblo en Chile: ¿fantasía o realidad?», en

www.bcn.cl/noticias/defensor-del-pueblo-en-chile-bffantasia-o-realidad, 10 de octubre de 2006.

Germán J. Bidart Campos, «El status constitucional de las Fuerzas Armadas en Argentina», en Germán J. Bidart Campos y José F. Palomino Manchego (coord.), *Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica*, Grijley, Lima, 1997, pp. 37 a 58.

Rafael Bladé, «La Peste Negra», en *Historia y Vida*, n° 431, Mundo Revistas, Barcelona, p. 73.

Norberto Bobbio, *Teoría general de la política*, traducción de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, 3ª edición, Trotta, Madrid, 2009, 779 pp.

Jean Bodin, *Apologie de René Herpin pour la Republique*, Fayard, París, 1986.

Jean Bodin, *Los seis libros de la República*, traducción de Pedro Bravo Gala, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 1992, I, VIII, 307 pp.

«Bolivia. Administración de Justicia y Derechos Humanos», serie *Informes sobre Derechos Humanos*, n° 6, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1993, 189 pp.

«Bolivia: Neoliberalismo y Derechos Humanos», serie *Informes sobre Derechos Humanos*, n° 1, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1988, 104 pp.

Bolivia, *Nueva Constitución Política del Estado*, Congreso Nacional, 2008.

Alberto Borea Odría, *Evolución de las garantías constitucionales*, Grijley, Lima, 1996, 682 pp.

Rodrigo Borja, *Derecho político y constitucional*, 1ª reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1992, pp.

Ramiro Borja y Borja, *Derecho Constitucional Ecuatoriano*, tomo II, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1950, 748 pp.

Giovanni Botero, *Raison et gouvernement d'Estat en dix livres*, traducción de Gabriel Chappuys, París, 696 pp.

«Botero recupera la libertad», en *Informe Latinoamericano* (27 de octubre de 1998), p. 77.

Bernardino Bravo Lira, *Historia de las instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica*, Editorial Jurídica de Chile y Andrés Bello, Chile, 1986, 297 pp.

Elizabeth Brown, *Cessante causa and the taxes of the last Capetians: the political application of a philosophical maxim*, Studia Gratiana, Roma, 1972, 587 pp.

- Lupe Cajías, «Bolivia. La democracia se profundiza», en *Nueva Sociedad*, n° 134, Caracas (1994), pp. 4 a 10.
- Antonio María Calero, *Partidos políticos y democracia*, 1ª reimpresión, Salvat, Barcelona, 1985, 64 pp.
- Albert Camus, *El hombre rebelde*, traducción de Josep Escué, 1ª reimpresión, Alianza, Madrid, 2002, 358 pp.
- César Carrillo, «Jorge Noguera a la cárcel», en *Madrid sindical*, n° 161 (octubre de 2011), p. 10.
- Antonio Carro Martínez, «Artículo 116. Situaciones de anormalidad constitucional», en Óscar Alzaga Villaamil (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo IX, Edersa, Madrid, 1998, pp. 208 a 261.
- Martín Castellano, entrevista a Adolfo Scilingo el 4 de octubre de 1997, *La opinión de Rafaela* (27 de enero de 2005).
- Manuel Castells, *La lucha de clases en Chile*, Siglo XXI Argentina Editores, Buenos Aires, 1974, 435 pp.
- Raúl Chanamé Orbe, *Diccionario de derecho constitucional*, Praxis, Lima, 2000, 543 pp.
- Raúl Chanamé Orbe, *La Constitución actual*, Gráfica Horizonte, 2001, 176 pp.
- Pierre Charron, *De la sagesse*, III, Fayard, París, 1986.
- Chile*, Centro de Estudios y Publicaciones, Lima, 1974, 247 pp.
- Chile, Constitución Política de la República de Chile, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2012.
- Renzo Chiri Márquez, «Democracia, ciudadanía y fuerzas armadas en el Perú del siglo XXI», en *Las tareas de la transición democrática*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 2001, pp. 245 a 258.
- Enrique Chirinos Soto, *Constitución de 1993: lectura y comentario*, Nerman, Lima, 1994, 506 pp.
- Enrique Chirinos Soto, *Cuestiones constitucionales 1933-1990*, Cultural Cuzco, Lima, 1991, 333 pp.
- Enrique Chirinos Soto, *En dos análisis: 1) Golpe de Estado, 2) Habeas Corpus*, Minerva, Lima, 1974, 96 pp.
- Marco Tulio Cicerón, *Catilinarias*, traducción de Francisco Campos Rodríguez, 4ª reimpresión, Gredos, Madrid, 1983, 193 pp.
- Marco Tulio Cicerón, *Las leyes*, Alianza, Madrid, 1989, 280 pp.

Marco Tulio Cicerón, *Los oficios*, traducción de Manuel de Valbuena, Espasa Calpe, Madrid, 2001, 162 pp.

Marco Tulio Cicerón, *Sobre la República*, Gredos, Madrid, 1991, 196 pp.

Colombia, *Constitución Política de 1991 con reformas hasta 2005*, Secretaría del Senado, República de Colombia, 2008.

Comisión Andina de Juristas, *Defensorías del Pueblo en la Región Andina*, Lima, 2001, 436 pp.

Comisión Andina de Juristas, *Los Andes: ¿emergentes o en emergencia?*, Lima, 1997, 190 pp.

Comisión Andina de Juristas, *Perú y Chile: poder judicial y derechos humanos*, Lima, 1988, 386 pp.

Comisión Andina de Juristas, *Protección de los Derechos Humanos*, Universidad del Rosario, Bogotá, 1999, 304 pp.

Comisión Andina de Juristas, *Región Andina 1995. Modernización e inestabilidad*, Lima, 1996, 184 pp.

Comisión Andina de Juristas y Defensoría del Pueblo del Perú, *Manual de derechos humanos, administración pública y servicios públicos*, Lima, 1998, 244 pp.

Comité de Defensa de los Derechos del Pueblo, *Informe: 1990-1994*, CODEPU, Santiago, 1994, 30 pp.

Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, Observación General 6, 1982.

Jaime Córdoba Triviño, *El Defensor del Pueblo y los estados de excepción*, Imprenta Nacional de Colombia, Santafé de Bogotá, D.C., 1993, 23 pp.

Jaime Córdoba Triviño, *Mensaje del Defensor del Pueblo en el Día Colombiano de los Derechos Humanos*, Defensoría del Pueblo, 9 de septiembre de 1995, reproducido en *Tercer Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de Colombia*, vol. I, 1996.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, «Caso Gangaram Panday, sentencia de 21 de enero de 1994», serie C, n° 16, 36 pp.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, «El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)», Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, Serie A, n° 8.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, «Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)», Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A, n°

9.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, «La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)», Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, serie A, n° 5.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, «La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos», Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, serie A, n° 6.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, «Otros Tratados objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)», Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, serie A, n° 1.

Pedro Cruz Villalón, *El estado de sitio y la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, 476 pp.

Pedro Cruz Villalón, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984, 198 pp.

Cumpliendo las Metas del Milenio 2010, República Bolivariana de Venezuela, Caracas, 2010.

Santo Tomás de Aquino, *Suma de teología*, tomo II, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1989, 973 pp.

Santo Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, tomo III, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1990, 612 pp.

Pedro de Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, 1ª reimpresión, Tecnos, Madrid, 1988, 309 pp.

Defensoría del Pueblo del Perú, *Defensoría del Pueblo: al servicio de la ciudadanía. Primer Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República 1996-1998*, Lima, 1998.

Maruja Delfino de Palacios, «El Derecho de Excepción en América Latina», en *Revista de la Facultad de Derecho*, n° 33, Caracas (marzo de 1966), pp. 75 a 98.

Jean Delumeau, *El miedo en Occidente*, Taurus, Madrid, 1989, 655 pp.

Derechos humanos en Ecuador: problemas en democracia, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1988, 126 pp.

Walter Alfredo Díaz Zegarra, *Los procesos constitucionales*, Palestra Editores, Lima, 1999, 294 pp.

Dion Cassius, *Histoire Romaine*, Didot, París, 1864.

Edgar Dolorier Armas, *César Vallejo*, Dolorier editores, Lima, 1972, 80 pp.

Juan Donoso Cortés, *Discursos políticos*, Tecnos, Madrid, 2002, 120 pp.

Juan Donoso Cortés, «Proyecto de Ley sobre estados excepcionales, presentado a las últimas Cortes por el Ministerio de Diciembre», en *Obras*, Madrid, 1903-1904, 742 pp.

Álvaro d'Ors, *Ensayos de Teoría Política*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1979, 306 pp.

Pierre Dubois, *De recuperatione Terre Sancte*, Olschki, Florencia, 1977, 224 pp.

Alicia Dujovne Ortiz, «Argentina: Madres Coraje», en *El correo de la Unesco. Mujeres, la mitad del cielo*, septiembre (1995), pp. 22 a 24.

Antonio Duplá Ansuátegui, *Videant consules: las medidas de excepción en la crisis de la República romana*, Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 1990, 306 pp.

Maurice Duverger, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, 6ª edición, 4ª reimpresión, Ariel Ciencia Política, Barcelona, 1988, 663 pp.

Miguel Echegaray, *Fallos penales de la Corte Suprema de la Nación*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 787 pp.

Ecuador, Constitución, Asamblea Constituyente, 2012.

«El acosado defensor del pueblo peruano», en *Informe Latinoamericano* (27 de octubre de 1998).

«El juez Guzmán dice que el estado mental de Pinochet es “perfecto”», en *El País* (20 de enero de 2000), p. 7.

Friedrich Engels y Karl Marx, *Manifiesto del Partido Comunista*, traducción y edición de Editorial Progreso, Moscú, 1978, 95 pp.

Hermann Escarrá Malavé, «Suspensión de las garantías lesionó el derecho a la libertad ciudadana», en *Boletín*, Comisión Andina de Juristas, n° 21, Lima (1989), pp. 21 a 27.

Ramón Escovar Salom, *Orden político e historia en Venezuela*, Italgráfica, Caracas, 1966, 117 pp.

Francisco Fernández Segado, *El estado de excepción en el Derecho Constitucional español*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, 481 pp.

Francisco Fernández Segado, «El nuevo ordenamiento constitucional del Perú. Aproximación a la Constitución de 1993», en *La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1994, pp. 11 a 65.

Francisco Fernández Segado, «La Ley Orgánica de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio», en *Revista de Derecho Político*, nº 11, UNED, Madrid (1981), pp. 83 a 116.

Francisco Fernández Segado, «Naturaleza y régimen legal de la suspensión general de los derechos fundamentales», en *Revista de Derecho Político*, nº 18-19, UNED, Madrid (1983), pp. 31 a 58.

Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, 4ª edición, Trotta, Madrid, 2009, 392 pp.

Raúl Ferrero Rebagliati, *Ciencia Política. Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, Ausonia Talleres Gráficos, Lima, 1984.

Fabrizio Ferrucci, «Dar la voz de alarma», en *El Correo de la Unesco*, octubre (1997), pp. 22 a 26.

Biancamaria Fontana, «Las raíces de una larga tradición», en *El Correo de la Unesco* (junio 1996), pp. 8 a 14.

Francis Fukuyama, «Un contrato social amplio», en *El país. Extra América Latina* (23 de julio de 2010), p. 10.

William Fulbright, *Los mitos de la política americana*, traducción de Luis Carlos Benito Cardenal, Random House, Nueva York, 1966, 178 pp.

Ricardo Gallardo, *Estudios de derecho constitucional americano contemporáneo*, Cultura Hispánica, Madrid, 1961, 291 pp.

Prudencio García, «El nacimiento de la Corte Penal Internacional», en *El País* (2 de julio de 2002), p.11.

Domingo García Belaunde, *El hábeas corpus en el Perú de hoy*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1979, 235 pp.

Domingo García Belaunde, «La reforma del Estado en el Perú», en *La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios*, tomo III, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1996.

Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, 3ª edición, Civitas, Madrid, 1985, 264 pp.

Manuel García-Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Universidad Textos, Madrid, 1984, 636 pp.

Diego García-Sayán, «Conferencia internacional: La defensa hemisférica de la democracia», en *Los problemas de la democracia en la región andina*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 2001, pp. 111 a 121.

Diego García-Sayán, «Perú. Estados de Excepción y su Régimen Jurídico», en *Estados de emergencia en la región andina*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1987, pp. 93 a 125.

Roberto Garretón Merino, «Los estados de excepción al servicio de la doctrina de la seguridad nacional. La experiencia chilena», en *Estados de emergencia en la región andina*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1987, pp. 127 a 157.

Rafael Garzaro, *La Sub-América*, Aconcagua, México D.F., 1972, 304 pp.

Marcel Gauchet, «L'État au miroir de la raison d'État», en *Raison et déraison d'État*, Presses Universitaires de France, París, 1994.

Jean Gaudemet, «*Utilitas publica*», en *Revue historique de droit français et étranger*, n° 29, Sirey, París (1951), pp. 465 a 499.

Luis Alberto Gazzolo, «Antecedentes y proyecciones de la Asamblea Constituyente en el Perú», en *Revista del Foro*, Colegio de Abogados de Lima (abril-junio 1978), pp. 23 a 34.

Juana Goizueta Vertiz, «Los estados de excepción en América Latina: los controles desde el derecho internacional», en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, n° 98, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín (1997), pp. 183 a 215.

Manuel González Prada, *Bajo el oprobio (La dictadura militar de 1914-15)*, Lima S.A., Lima, 1979, 107 pp.

Manuel González Prada, *Horas de lucha*, 3ª edición, Universo, Lima, 1977, 206 pp.

Mikhail Gorbachev, *Perestroika*, traducción de María Esther Borri, B.S.A., Barcelona, 1987, 237 pp.

Giorgi Gorozabel Vines, *El régimen constitucional y la democracia en el Ecuador*, Colegio Nacional Olmedo, Ediciones Festival Flor de Septiembre, 1984, 366 pp.

Claudio Grossman, «Algunas consideraciones sobre el régimen de situaciones de excepción bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos», en *Manual de cursos*, IIDH, 1988.

Romano Guardini, *El mesianismo en el Mito, la Revelación y la Política*, Talleres de Industrias Gráficas España, Madrid, 1948, 161 pp.

Jean Guéhenno, *Jean-Jacques Rousseau*, traducción de Anna Montero Bosch, Alfons El Magnànim, Valencia, 1990, 628 pp.

Peter Haggenmacher, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, Presses Universitaires de France, París, 1983, 682 pp.

Bernard Haldi, *La dictature à Rome*, Université Panthéon París II, 1971, 756 pp.

Marvin Harris, *Caníbales y reyes*, traducción de Horacio González Trejo, Alianza, Madrid, 1993, 308 pp.

André Hauriou, *Derecho Constitucional e instituciones políticas*, traducción de José Antonio González Casanova, 2ª edición, Ariel, Madrid, 1980, 1100 pp.

Priscilla B. Hayner, «Algo más que la verdad», en *El correo de la Unesco*, mayo (2001), pp. 38 a 39.

Manuel Higuera Cataluña, «500 kilómetros en 66 días para reivindicar su espacio vital», en *Madrid sindical*, nº 162 (noviembre de 2011), p. 12.

François Hinard, *Sylla*, Fayard, París, 1985, 326 pp.

François Hinard (ed.), trabajos de François Hinard, Ulrich Wilcken y Carlo Castello, *Dictatures*, De Boccard, París, 1988, 112 pp.

Thomas Hobbes, *Del ciudadano Leviatán*, estudio preliminar y antología de Enrique Tierno Galván, traducción de Enrique Tierno Galván y Manuel Sánchez Sarto, 3ª edición, Tecnos, Madrid, 1993, 210 pp.

Joaquim Ibarz, «El Presidente del TS admite que Pinochet podría ser desaforado», en *La Vanguardia* (10 de marzo de 2000), p. 6.

Juan Iglesias, *Derecho Romano, historia e instituciones*, 11ª edición, Ariel, Barcelona, 1993, 703 pp.

Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1979.

Informe Nunca Más, CONADEP, Buenos Aires, 1984.

Instituto del Tercer Mundo, *Guía del Mundo 2009*, IEPALA y Fundación Santa María, 2009, 623 pp.

Miquel Izard, *El rechazo a la civilización*, Península, Barcelona, 2000, 219 pp.

Petri Jacobi, *Practica aurea libellorum*, 1575.

Helio Jaguaribe, «Los acontecimientos chilenos», en *Estudios Internacionales*, nº 26, Buenos Aires (1974), pp. 3 a 19.

Gurutz Jáuregui, «Transiciones políticas y consolidación democrática en América Latina», en *Revista Facultad de*

Derecho y Ciencias Políticas, nº 98, Medellín (1997), pp. 13 a 33.

Manuel Jiménez de Parga, *Los regímenes políticos contemporáneos*, 6ª edición, 1ª reimpresión, Tecnos, Madrid, 1987, 543 pp.

Enric Juliana, «Craxi muere refugiado en Túnez», en *La Vanguardia* (20 de enero de 2000), pp. 3 a 4.

La Defensoría del Pueblo: análisis comparado, documento de trabajo preparado para el Seminario Internacional «La Defensoría del Pueblo en Venezuela», Comisión Andina de Juristas, Lima, 1999.

Alain Labrousse, *El experimento chileno*, traducción de Pedro Ardiaca, Grijalbo, Barcelona-México, D.F., 1973, 503 pp.

Jacques Lafaye, *Mesías, cruzadas, utopías*, traducción de Juan José Utrilla, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, 210 pp.

César Landa Arroyo, «Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional: el caso peruano», en *Pensamiento Constitucional*, nº 2, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima (diciembre de 1995), pp. 73 a 114.

Francisco J. Laporta, «Caldo de Cultivo», en *El País* (10 de julio de 2003), p. 11.

Karl Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, traducción de Marcelino Rodríguez Molinero, Ariel, Barcelona, 1994, 536 pp.

Dimitri Georges Lavroff, *Le droit constitutionnel de la Vème republique*, 2ª edición, Dalloz, París, 1997, 1111 pp.

Francisco Loayza Galván, *El rostro oscuro del poder*, Referéndum-Tomo I, Lima, 1998, 89 pp.

John Locke, *Ensayo sobre el entendimiento humano*, traducción de Edmundo O'Gorman, 1ª reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1982, 753 pp.

John Locke, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, traducción de Carlos Mellizo, Alianza, Madrid, 2004, 238 pp.

Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, traducción de Alfredo Gallego Anabitarte, 2ª edición, Ariel, Barcelona, 1970, 539 pp.

Los partidos políticos, coordinación editorial Bernardo Muniesa, Salvat, Barcelona, 1973.

Pablo Lucas Verdú, *Curso de Derecho Político*, 2ª edición, 4ª reimpresión, Tecnos, Madrid, 1992, 444 pp.

Pablo Lucas Verdú, *El espíritu de las Constituciones según Friedrich Ancillon*, Dykinson, Madrid, 2000, 110 pp.

Pablo Lucas Verdú, *Estimativa y política constitucionales*, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1984, 212 pp.

Pablo Lucas Verdú, *La Constitución en la encrucijada*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Centro de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1994, 127 pp.

Pablo Lucas Verdú y Pablo Lucas Murillo de la Cueva, *Manual de Derecho Político*, Tecnos, Madrid, 2005, 324 pp.

Manual de derechos humanos, administración estatal y servicios públicos, Comisión Andina de Juristas y Defensoría del Pueblo del Perú, Lima, 1998.

Nicolás Maquiavelo, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, traducción de Ana Martínez Arancón, 1ª reimpresión en El Libro de Bolsillo, Alianza, Madrid, 1996, 437 pp.

Nicolás Maquiavelo, *El Príncipe*, 9ª reimpresión, Alianza, Madrid, 2006, 156 pp.

Nicolás Maquiavelo, *Escritos políticos breves*, traducción de María Teresa Navarro Salazar, Tecnos, Madrid, 1991, 180 pp.

José Carlos Mariátegui, *7 ensayos de interpretación de la realidad peruana*, 68ª edición, Amauta, Lima, 2000, 321 pp.

Karl Marx, *El Capital*, tomo I, traducción de Wenceslao Roces, 4ª reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 1971, 769 pp.

Rodolfo Mattarollo, «La jurisprudencia argentina reciente y los crímenes de lesa humanidad», en *La Revista*, nº 62-63, Comisión Internacional de Juristas, Editora Louise Doswald-Beck, Lima, (agosto 2001).

José Manuel Maza Martín, «La crisis de la justicia y la independencia judicial», en *Tapia*, nº 104, Madrid (1999), pp. 68 a 74.

Henry Méchoulan, *El honor de Dios*, traducción de Enrique Sordo, Argos Vergara, Barcelona, 1981, 267 pp.

Friedrich Meinecke, *L'idée de la raison d'État dans l'histoire des temps modernes*, traducción francesa de Maurice Chevallier, Droz, Ginebra, 1973, 397 pp.

Laurens Melliet, *Discours politiques et militaires sur les œuvres de Cornelius Tacitus*, Jacques Caillové, Rouen, 1642, 916 pp.

Edgardo Mercado Jarrín, *La política y la estrategia militar en la guerra contrasubversiva en América Latina*, 2ª edición, [s. n.], Lima, 1973, 143 pp.

Juan José Millás, entrevista a Felipe González, en *El País* (7 de noviembre de 2010), suplemento *Domingo*, pp. 2 a 10.

Francisco Miró Quesada Rada, *Evolución, desarrollo y crisis del sistema de partidos*, Instituto Voltaire, Lima, 1997, 101 pp.

Theodor Mommsen, *Compendio del Derecho Público Romano*, traducción de Pedro Dorado Montero, Jiménez Gil, Pamplona, 1999, 635 pp.

Theodor Mommsen, *Droit Public Romain*, tomo IV, Fontemoing, París, 1907.

Theodor Mommsen, *Historia de Roma, vol. II: Desde la expulsión de los reyes hasta la reunión de los Estados itálicos*, traducción de Alejo García Moreno, Turner, Madrid, 1983, 414 pp.

Arturo Montes Larrain, «Chile: reconstruir lo político», en Georges Couffignal (comp.), *Democracias posibles, el desafío latinoamericano*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1994, 281 pp.

Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, traducción de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Alianza, Madrid, 2003, 842 pp.

Edgar Montiel, «El surgimiento de la Edad Moderna», en *El Correo de la Unesco* (mayo de 1992), pp. 38 a 41.

Rodolfo Moreno, «El estado de sitio, los procedimientos y la legislación», en *Revista de Derecho Penal*, n° 1, Buenos Aires (1946), pp. 9 a 19.

Edgar Morin, *Qué es el totalitarismo. De la naturaleza de la URSS*, traducción de Ana Sánchez, Anthropos Editorial del Hombre, Barcelona, 1985, 253 pp.

Heraldo Muñoz, «Actuar hoy sobre el futuro», en *El País. Extra América Latina* (23 de julio de 2010), pp. 3 a 4.

Claude Nicolet, *Le métier de citoyen dans la Rome Républicaine*, Gallimard, París, 1976, 535 pp.

Objetivos de Desarrollo del Milenio. Tercer Informe del Gobierno de Chile, Naciones Unidas y Gobierno de Chile, 2010.

Guillermo O'Donnell, Philippe C. Schmitter, Laurence Whitehead, *Transiciones desde un gobierno autoritario*, tomo 2 «América Latina», traducción de Jorge Piatigorsky, Paidós SAICF, Buenos Aires, 1988, 359 pp.

John of Salisbury, *Policraticus*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990, 272 pp.

José Ortega y Gasset, *La rebelión de las masas*, El País Clásicos del Siglo XX, Madrid, 2002, 330 pp.

Ignacio Palma Vicuña, «Aportes para un análisis de la crisis chilena», en *Estudios Internacionales*, n° 26, Editorial Francisco de Aguirre, Buenos Aires (1974), pp. 39 a 67.

José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional peruano*, 2ª edición, Lumen, Lima, 1951, 428 pp.

José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, tomo I, 6ª edición, Justo Valenzuela V., Lima, 1980, 895 pp.

Chris Patten, «Colombia: una contribución europea a la paz», en *ABC*(30 de abril de 2001), p. 32.

Gregorio Peces-Barba, «La ley ilustrada», en *ABC*(9 de febrero de 2001), p. 3.

Antonio Pérez Henares y otros, *Luces y sombras del poder militar en España*, Temas de hoy, Madrid, 1989, 291 pp.

Perú, *Constitución Política del Perú 1993 con las reformas de 1995, 2000, 2002, 2004 y 2005 (hasta octubre)*, Congreso de la República del Perú, 2011.

Perú. *Evolución de los Indicadores de los Objetivos de Desarrollo del Milenio al 2009*, Instituto Nacional de Estadística e Informática y Naciones Unidas, Lima, 2010.

«Por primera vez hallan cuerpos de vuelos de la muerte», *Río Negro*(9 de julio de 2005).

Diana Porras, «Defensor del Pueblo: la tarea pendiente de Chile en derechos humanos», en *radio.uchile.cl/noticias/82635* (13 de septiembre de 2010).

Gaines Post, *Studies in medieval legal thought, Public law and the State, 1100-1322*, The lawbook exchange, New Jersey, 2006, 633 pp.

Jorge Power Manchego-Muñoz, *Constitución y estados de excepción*, Asociación Acción y Pensamiento Democrático, Lima, 1990, 289 pp.

William H. Prescott, *Historia de la conquista del Perú*, János Peter Kramer, Buenos Aires, 1944, 514 pp.

Humberto Quiroga Lavié, estudio introductorio en Instituto de investigaciones jurídicas, *Las Constituciones latinoamericanas*, tomo I, 2ª edición, Universidad Autónoma de México, México D.F., 1994, pp. 7 a 117.

Alfredo Quispe Correa, *Apuntes sobre la Constitución y el Estado*, Gráfica Horizonte, Lima, [s. f.], 275 pp.

Alfredo Quispe Correa, «El régimen de excepción», en *Revista El Magistrado*, n° 1, Lima (1982), pp. 10 a 18.

Alfredo Quispe Correa, *La Constitución en la mesa redonda*, Gráfica Horizonte, Lima, 2000, 99 pp.

República Argentina. *Objetivos de Desarrollo del Milenio. Rendición de Cuentas 2010*, Consejo Nacional de Coordinación de Políticas Sociales Presidencia de la Nación y Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)-Argentina, Argentina, 2010.

República de Colombia. *Los Objetivos de Desarrollo del Milenio. II Informe de seguimiento. 2008*, Departamento Nacional de Planeación, Bogotá, 2010.

«Revolución y militares», en *Cuadernos de marcha*, n° 4, México (1979), pp. 3 a 4.

Juan Carlos Rey, «El Derecho de Excepción y el Régimen Jurídico de la Seguridad y Defensa en Venezuela» en *Estados de emergencia en la región andina*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1987, pp. 183 a 264.

Stéphane Rials, *La déclaration des droits del homme et du citoyen*, Hachette Literature, París, 1989, 771 pp.

Stéphane Rials, «Réflexions sur la notion de coutume constitutionnelle: à propos du dixième anniversaire du référendum de 1969», en *Revue Administrative*, Presses Universitaires de France, París (junio 1979), pp. 265 a 273.

Antonio José Rivadeneira Vargas, *Historia constitucional de Colombia*, El voto nacional, Bogotá, 1962, 112 pp.

Jean-Jacques Rousseau, *Discurso sobre la Economía Política*, traducción de José E. Candela, Tecnos, Madrid, 1985, 112 pp.

Jean-Jacques Rousseau, *El contrato social*, colección dirigida por Enrique Tierno Galván, Taurus, Madrid, 1966, 143 pp.

Marcial Rubio y Enrique Bernal, *Perú: Constitución y sociedad política*, Desco, Lima, 1981, 686 pp.

Bertrand Russell, *Autoridad e individuo*, traducción de Mária Villegas, 5ª edición, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, n° 15, México, 1967, 125 pp.

Bertrand Russell, *El conocimiento humano*, traducción de Néstor Míguez, 5ª edición, Taurus, Madrid, 1977, 515 pp.

Hernán Salgado, *Instituciones políticas y Constitución del Ecuador*, Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales, Quito, 1987, 271 pp.

San Agustín, *La Ciudad de Dios*, t. II, traducción de Santos Santamarta del Río y Miguel Fuertes Lanero, 4ª edición, Biblioteca de Autores Cristianos de La Editorial Católica, Madrid, 1988, 1075 pp.

San Isidoro de Sevilla, *Los tres libros de las «Sentencias»*, traducción de Ismael Roca Meliá, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2009, 240 pp.

Carlos Sánchez Viamonte, «El estado de sitio», en *Estudios sobre la Constitución Nacional Argentina*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1943, pp. 383 a 403.

Carlos Sánchez Viamonte, *Historia institucional argentina*, 2ª edición corregida, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1957, 225 pp.

Carl Schmitt, *Estudios políticos*, traducción de Francisco Javier Conde, Doncel, Madrid, 1975, 166 pp.

Carl Schmitt, *La dictadura*, 3ª reimpresión, Alianza, Madrid, 2009, 338 pp.

Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1982, 377 pp.

Scipione Ammirato, *Discorsi sopra Cornelio Tacito*, Filippo Giunti, Florencia, 1594, 581 pp.

Michel Senellart, *Machiavélisme et raison d'État*, Presses Universitaires de France, París, 1989, 127 pp.

Separata Especial de El Peruano (26 de agosto de 1994).

Sexto informe de progreso de los Objetivos de Desarrollo del Milenio en Bolivia, Unidad de Análisis de Políticas Sociales y Económicas (UDAPE) y Comité Interinstitucional de las Metas de Desarrollo del Milenio (CIMDM), La Paz, 2010.

Hipólito Solari Yrigoyen, «El Ocaso de la Antidemocracia en la República Argentina», en *Nueva Sociedad*, nº 31-32 (1977), pp. 77 a 90.

Alberto Antonio Spota, «La división de poderes en la emergencia», en *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, tomo XX, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 1993, pp. 199 a 221.

Theo Stammen, *Sistemas políticos actuales*, traducción de José Rafael Chocomeli Lera, Labor, Barcelona, 1977, 286 pp.

Ekkehart Stein, *Derecho Político*, traducción de Fernando Sainz Moreno, 2ª edición, Aguilar, Madrid, 1973, 322 pp.

John Stuart Mill, *Sobre la libertad*, traducción de Natalia Rodríguez Salmones, Alianza, Madrid, 1970, 207 pp.

Juan Tapia, «Garzón y Argentina», en *La Vanguardia* (4 de noviembre de 1999), p. 2.

René Thom, *Paraboles et catastrophes*, Flammarion, París, 1983, 193 pp.

Tito Livio, *Historia de Roma desde su fundación*, tomo I, traducción de José Antonio Villar Vidal, Gredos, Madrid, 1997, 506 pp.

Tito Livio, *Historia de Roma desde su fundación*, tomo III, traducción de José Antonio Villar Vidal, Gredos, Madrid, 1997, 300 pp.

Fernando Tocora, «Estados de Excepción y Derecho Penal», en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, nº 25-26, Cali (1992), pp. 293 a 309.

Hermann Trimborn, *El delito en las altas culturas de América*, traducción de José León Herrera y Ernesto More, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1968, 132 pp.

Raymond Trousson, *Jean Jacques Rousseau*, versión española de Mauro Armiño, Alianza, Madrid, 1995, 357 pp.

Vicente Ugarte del Pino, *Historia de las Constituciones del Perú*, Editorial Andina, Lima, 1978, 641 pp.

«Un poco de imaginación para encontrar el punto vulnerable en la coraza militar», en *Informe Latinoamericano* (24 de febrero de 1998).

«Uruguay: la Fuerza Aérea admite que hubo vuelos de la muerte», en *Clarín* (10 de agosto de 2005).

Luis Valencia Avaría, *Anales de la república*, tomo I, Imprenta Universitaria, Santiago de Chile, 1951, 589 pp.

Mario Vargas Llosa, «¿Por qué? ¿Cómo?», en *El País* (7 de enero de 2002).

Alfredo Vásquez Carrizosa, «La reforma constitucional de 1979 y la crisis del Estado de Derecho en Colombia», en *Revista de la Universidad Externado de Colombia*, Volumen XXI, nº 1 y 2, Bogotá (1980), pp. 25 a 43.

Venezuela, *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, edición oficial, 1999.

Horacio Verbitsky, *El vuelo*, Planeta, Buenos Aires, 1995, 205 pp.

Hermilio Vigo Zevallos, *El hábeas corpus*, Cultural Cuzco, Lima, 1989, 432 pp.

Alicia Villar Ezcurra, *Rousseau (1712-1778)*, Ediciones del Orto, Madrid, 1996, 94 pp.

Rudolf von Jhering, *L'esprit du Droit Romain*, tomo II, Marescq Aîné, París, 1886.

José Zalaquett, «Derechos Humanos y limitaciones políticas en las transiciones democráticas del cono sur», *Revista IIDH*, n° 14, San José (1991), pp. 91 a 136.

Adolfo Gabino Ziulu, *Derecho Constitucional*, tomo II, Depalma, Buenos Aires, 1998, 389 pp.